

تصدرها
نقابة
المحاميين
بجمهورية
مصر
العربية

المحاماة



العددان الأول والثاني - يناير وفبراير ١٩٩١ السنة الحادية والسبعون

بسم الله الرحمن الرحيم

والعصر . إن الإنسان لفي خسر إلا الذين آمنوا وعملوا
الصالحات وتواصوا بالحق وتواصوا بالصبر .

سبح الله العظيم

إبعاد جديدة لنظام شبه الحرية

للسيد الدكتور / محمد أبو الفتوح الغنام

دور النيابة العامة في كفالة

حقوق المجنى عليه في مصر

للسيد الأستاذ / البشري الشوربجي المحامي العام

القانون الواجب التطبيق على

عقد ضمان الإستثمار

للسيد الدكتور / هشام خالد المحامي

حبس المدين المماطل

للسيد المستشار / عثمان حسين عبد الله

تجزئة

للسيد الأستاذ / عبد المنعم عبد الباقي النغيلي المحامي

جرائم التصنت والتقاط الصور مكرر .

٣٠٩ مكرر (١) عقوبات

للسيد الأستاذ / أحمد جمعه شحاته

المحامي بالنقض

حرية التنقل ومدى شرعية أو إمر المنح من

السفر الصادرة من قاضي الأمور الوقفية

للسيد الدكتور / حسن السيد بسيوني

المستشار بمحكمة النقض

جرائم الامتناع الماسة بنظام الأسرة

للسيد الأستاذ / غيد الفتاح مراد

رئيس محكمة الأسكندرية

المخاطر الإدارية

للسيد الأستاذ / عبد العاطي عبد المقصود بدر المحامي

نظرية القرار المضاد

للسيد الأستاذ / نعيم كامل بباوى المحامي

كلمات من نور

قال صلى الله عليه وسلم:

ما من شيء أثقل في ميزان المؤمن يوم القيامة من حسن الخلق ،
وإن الله يبغض الفاحش البذي .

* * *

وقال صلى الله عليه وسلم:

ما أجمع قوم في بيت من بيوت الله ، يتلون كتاب الله ويتدارسونه بينهم
إلا نزلت عليهم السكينة ، وغشيتهم الرحمة ، وحفتهم الملائكة ، وذكرهم الله
فيمن عنده .

* * *

وقال صلى الله عليه وسلم:

المؤمن القوى ، خير وأحب إلى الله من المؤمن الضعيف .

* * *

وقال صلى الله عليه وسلم:

إذا تقرب العبد إلى شبراً ، تقرب إليه ذراعاً ، وإذا تقرب إلى ذراعاً تقرب إليه
باعاً ، وإذا أتاني عشي ، أتيته مهزولاً .

* * *

وقال صلى الله عليه وسلم:

يتبع الميت ثلاثة : أهله وماله وعمله ، فيرجع أثنان ويبقى واحد . يرجع أهله
وماله ، ويبقى عمله .

* * *

وقال صلى الله عليه وسلم:

من غدا إلى المسجد أو راح ، أعد الله له في الجنة منزلاً كلنا غدا أو راح .

* * *

وقال صلى الله عليه وسلم:

لا تحقرن من المعروف شيئاً ، ولو أن تلقى أخاك بوجه طليق .

صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم

ظلم المستبدون ولو عدلوا

إن العدل والإستبداد نقيضان لا يجتمعان ..
وعدان لا يلتقيان ..إنهما يختلفان فى الطبيعة
والوسيلة والغاية .. فالعدالة قيس ألهى تفرضه
إرادة الخالق ، أما الإستبداد فهو شذوذ سياسى
تفرضه إرادة المخلوق .. والعدل هو منطق الحكم بالقسطاس ، وأما
الإستبداد فهو منطق القهر والبطش والإرهاب .. وإذا كانت غاية
العدل هى قضاء بحق ، إلا أن غاية الإستبداد هى القضاء
على كل حق .. !!

خبرونى عن العدل فى أية دولة يحكمها مستبد .. أين مقر العدل
فى تلك الدولة وأين مكانه .. وأين حقوق الإنسان فيها وأين كيانه
.. فالعدالة فى دولة الإستبداد خرافة .. وحقوق الإنسان فى دولة
الإرهاب ضائعة .. وعلينا أن ندرك حقيقة يؤكددها التاريخ وهى ظلم
المستبدون ولو عدلوا .. !!

أن الإستبداد ثمرة خبيثة لشجرة فاسدة ما لها من قرار .. إنه إفراز
جريمة كبرى هى جريمة إنكار حقوق الشعوب .. ولتجدن أشد الحكام
إستبداداً الذين كتبوا صفحات تاريخهم الأسود بحروف من أشلاء
قتلى .. فكلما تهم من جثث ضحاياهم .. ومذادها قطرات من دم
الشهداء .. !!

لقد علمنا التاريخ أن الإستبداد هو المناخ الملائم الذى تنمو فيه
جريمة التعذيب .. فالإستبداد ظلام ، وفى الظلام ترتكب أبشع الآثام
.. والإستبداد ظلم وفى الظلم تضيع الحقوق .. والاستبداد فساد
والفساد مقبرة للكفاءات .. والإستبداد قهر وبالقهر تختفى الحريات ،
وتنطلق الأفاعى والذئاب .. !!

سكرتير التحرير

عصمت الهوارى

المحامى

وكيل نقابة المحامين

نحن نمشي مع الناس في أياهم الخضر ،
وأياهم الباسات . موصلين أن الناس وحدهم
هم المادرون على أن يفتوا الحياة في
الجفاف . بالعمل الصادق لا القول العادل .

الأستاذ الجليل النقيب
أحمد الخواجه



من قضاء المحاكم



مبادئ النقض فى المواد المدنية

(١)

جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤

المحكمة :

بعد الاطلاع على الأوراق وسامع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر عبد الحميد سليمان والمرافعة وبعد المداولة ..

حيث أن الطعن استوفى أو ضاعه الشكلىة .

وحيث أن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل فى أن الطاعنة أقامت على المطعون ضده الدعوى رقم ٤٨٨٧ لسنة ١٩٧٨ أمام محكمة شبين الكوم الابتدائية بطلب الحكم بفسخ العلاقة الإيجارية بينهما وإخلاء العين المؤجرة له وتسليمها اليها ، وقالت بياناً لدعواها انه بموجب عقد مؤرخ ١٩٦٨/٣/١ استأجر منها المطعون ضده الدكان البين بالصحيفة لقاء أجرة شهرية قدرها جنيهان ، واذا امتنع عن الوفاء بالأجرة المستحقة عليه عن المدة من أول يناير سنة ١٩٧٨ حتى نهاية شهر أكتوبر سنة ١٩٧٨ رغم التنبيه عليه بالوفاء بها فقد أقامت الدعوى . ويتاريخ ١٩٧٩/٤/١٧

قضت المحكمة بإخلاء العين المؤجرة وتسليمها للطاعنة ، أستأنف المطعون ضده هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٦٧ لسنة ١٩٧٢ طنطا (مأمورية شبين الكوم) . ويتاريخ ١٩٧٩/١٢/٢٤ حكمت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى - طعن الطاعنة فى هذا - الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أيدت فيها رأى برفض الطعن . واذا عرض الطعن على هذه المحكمة فى غرفة مشورة رأيت أنه جدير لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها .

وحيث أن مما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والفساد فى الاستدلال وفى بيان ذلك تقول أن الحكم أقام قضاءه برفض طلب إخلاء العين المؤجرة على سند من أن المطعون ضده قام بالوفاء بكامل الأجرة المستحقة عليه - رغم أنه لم يوف بأجرة شهر إبريل سنة ١٩٧٩ وقيمتها جنيهان كما تمسكت فى مذكرتها بأن المطعون ضده لم يوف بكامل المصاريف والنفقات الفعلية ، إذ مازال مدينأً ببلغ ستين مليماً لم يؤدها من رسوم الدعوى ومبلغ ٦٣٠ مليماً قيمة رسم الإنذار بالتكليف بالوفاء ومن كرفان الحكم يكون قد أقام قضائه على واقعة استخلصها من

مصدر لا وجود له الأمر الذي يعيبه . ويستوجب نقضه .

وحيث أن هذا النقص في محله ذلك ان المقرر - في قضاء هذه المحكمة - ان النص في المادة ٣١ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - المنطبق على واقعة الدعوى على أنه " في غير الأماكن المؤجرة مفروشة لا يجوز للمؤجر ان يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها في العقد إلا لأحد الأسباب الآتية :

أ - اذا لم يتم المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تكليفه بذلك بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول دون مظروف أو بإعلان على يد محضر ، ولا يحكم بالإخلاء إذا قام المستأجر قبل اقفال باب المرافعة في الدعوى بأداء الأجرة وكافة ما تكبده المؤجر من مصاريف ونفقات بدل على أن من حق المؤجر المطالبة بإخلاء المكان المؤجر إذا لم يكن المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة في ذمته أيا كان مقدارها ، إذ ليست الأجرة بذاتها هي محل المطالبة في الدعوى المقامة على سند من النص المتقدم وللمستأجر توقي الإخلاء اذا ما أوفى بالأجرة المستحقة جميعها سواء ما ذكر منها بالتكليف بالوفاء أو ما استجد من أجرة بعد رفع الدعوى وحتى اقفال باب المرافعة علاوة على المصاريف والنفقات الفعلية ، ذلك ان استحقاق أجرة متجددة في ذمة المستأجر اثناء سير الدعوى هو دليل فيها تلتزم المحكمة بالنظر فيه وأعمال أثره دون موجب لقيام المؤجر بتكليف المستأجر بأداء ما استجد في ذمته من أجرة لبتحقق العلة من التكليف من باب أولى بيلوغ الأمر مبلغ

المقصومة القضائية المؤسسة على ذلك التأخير وتمسك المؤجر بطلب الإخلاء لقيام سببه لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض طلب إخلاء العين المؤجرة للمطعون ضده على ما أورده بمدونات من أن " الثابت بالمستندات أن المستأنف - المطعون ضده - عرض على المستأنف ضدها مبلغ ٣٣٥٠٠ موجباً أنذار عرض أعلن للمستأنف عليها بتاريخ ١٩٧٩/٣/٢٧ كما قام بعرض مبلغ ١٦ جنيه بموجب إنذار عرض معلن بتاريخ ١٩٧٩/١١/١٨ وقد تسلمت المستأنف ضدها البالغ المعروضة ومن ثم يكون المستأنف قد توفى طلب الإخلاء بأدائه بمبالغ تزيد عن الأجرة المستحقة في التكليف بالوفاء قبل اقفال باب المرافعة في الدعوى فيسقط بذلك حق المستأنف ضدها في الإخلاء " وكان مفاد ما خلص اليه الحكم على النحو المتقدم أنه لم يتحقق من سداد المطعون ضده لأجره شهر ابريل سنة ١٩٧٩ رغم ان الثابت بانذار العرض اللذين استند اليهما في قضائه أنها لم يشتملا على أجره ذلك الشهر ، وكان الحكم قد أغفل أيضا بحث ما تمسكت به الطاعنة في مذكرتها - المقدم صورتها الرسمية وفق حافظة مستنداتها . من عدم سداد المطعون ضده الرسم المستحق على أنذار التكليف بالوفاء باعتباره من المصاريف والنفقات الفعلية الواجبة الإداء لتوفى الحكم بالإخلاء ، ومن ثم فأنه يكون قد شابه القصور في التسيب بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن .

(الطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٥ قضائية)

(٢)

جلسة ١٩٨٩/٢/١٣

المحكمة :

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر كمال مراد والمرافعة وبعد المداولة .

حيث أن الطعن أستوفى أوضاعه الشكلية .

وحيث أن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل فى أن المطعون ضدهما أقاما الدعوى رقم ١٧٣٠ لسنة ١٩٨١ الجيزة الابتدائية بطلب الحكم بأخلاء الطاعن الاجنبى الجنسية من الشقة المؤجرة اليه بالعقد المؤرخ ١٩٧٠/٦/٢٥ لانتهاه مدة إقامته فى تاريخ سابق على العمل بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . حكمت المحكمة برفض الدعوى .

استأنف المطعون ضدهما بالاستئناف ٣٠٥١ لسنة ٩٩ ق القاهرة . وتاريخ ١٩٨٢/٢/٢١ قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف وإخلاء الطاعن .

طعن الطاعن فى هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة رأيت فيها رفض الطعن ، وعرض على المحكمة فى غرفة مشورة فجددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها .

وحيث أن الطعن أقيم على ثلاث أسباب ينسب الطاعن بالأول منها على الحكم المطعون فيه الخطأ فى فهم الواقع وفى تطبيق القانون وفى بيان ذلك يقول وإن كانت إقامته قد انتهت فى سنة ١٩٧٣ إلا أنه تقدم بطلب فى ١٩٨١/٩/٥

للحصول على تصريح جديد بالإقامة وأضرر لمغادرة البلاد فى ١٩٨١/٩/١٦ وأثناء غيابه بالخارج وافقت مصلحة وثائق السفر والهجرة بتاريخ ١٩٨١/٩/١٩ على منحه تصريح بإقامة مؤقتة وأنه وإن كان لم يسدد رسوم هذا الترخيص ولم يحصل عليه إلا أن ذلك .

لا ينفى أن ثمة موافقة قد صدرت بمنحه ترخيص بالإقامة لمدة ثلاث سنوات وإذا كان المشرع لم يفرق بين الموافقة وبين استلامه الترخيص ، وكان لم يتغيب عن البلاد أكثر من ستة أشهر فانه كان يتمتع بالإعتداد بتلك الموافقة ، وبأن له إقامة سارية المفعول وقت رفع الدعوى فى ١٩٨١/١٠/٢ وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فانه يكون معيبا وبما يستوجب نقضه .

وحيث أن هذا التعمى مزدود ، ذلك أن النص فى المادة ١٧ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ على أنه " تنتهى بقوة القانون عقود التأجير لغير المصرين بانتهاء المدة المحددة ، قانونا لأقامتهم بالبلاد ، وبالنسبة للأماكن التى يستأجرها غير المصرين فى تاريخ العمل ومحاكم هذا القانون يجوز للمؤجر أن يطلب أخلاءها إذا ما انتهت إقامة المستأجر غير المصرى بالبلاد ... " يدل على أن عقود الإيجار الصادرة لصالح الاجانب والسارية المفعول وقت العمل بالقانون المذكور فى ١٩٨١/٧/٣١ دون أن يكون لهم مدة إقامة سارية المفعول فى ذلك الوقت قد أصبحت منتهية بقوة ذلك القانون ومنذ نفاذه ، أما إذا كانت مدة إقامتهم ممتدة الى تاريخ لاحق أو كانت عقود الإيجار الصادرة اليهم لم تهرم إلا فى تاريخ تال لسريان القانون المذكور فان هذه العقود لا تنتهى

على تصريح بالاقامة ، معتدلاً بشهادة أخرى من ذات المصلحة نفيدي بأن هذه الموافقة قد أصبحت منعقدة بسبب مغادرته البلاد قبل استلام التصريح بالاقامة ، ورغم ان العبرة بالمواقفة دون صدور الترخيص هذا الى ان الحكم المطعون فيه بمسلكه هذا يكون قد خالف حجية الحكم الابتدائي الذي قطع بأبوابه بوجود اقامة له بالبلاد بما كان يتعين معه التزاما بهذه الحجية ان يوجه اليه الاعلان بصحيفة الاستئناف بمحل اقامته دون تسليمه للنياه ، كما أن الحكم المطعون فيه لم يرد على ما جاء بأسباب الحكم الابتدائي ولم يناقش الحجج والمستندات التي أخذ بها ذلك الحكم ولم يبين سبب اسقاطه ، بما يعيبه ويستوجب نقضه .

وحيث ان النعي في شقه الأول مردود ، ذلك ان النص في عجز المادة ١٧ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ على أنه " ... ويكون اعلان غير المصرى الذى انتهت اقامته قانونا عن طريق النيابة العامة ... " يدل على ان المشرع واجه وضعاً حتمياً يمثّل في إستحاله أن يكون لغير المصرى موطناً أصلياً داخل البلاد بعد انتهاء مدة إقامته بها التزاماً يحكم المادة ١٦ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٦٠ المعدل بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٦٨ والتي تفرض على الأجنبي مغادرة أراضى الجمهورية بعد إنتهاء مدة اقامته ، ومن ثم اوجب اعلانه باعتباره مقيماً بالخارج عن طريق النيابة العامة وذلك مع مراعاة ما ورد بالفقرتين التاسعة والعاشر من المادة الثالثة عشر من قانون المرافعات تبعا لما اذا كان للأجنبي موطن معلوم بالخارج فتسلم الأوراق للنياه لارسالها اليه ، أو لم يكن له موطن معلوم فى الخارج فيكتفى

بقوة القانون الابانتها مدة اقامتهم وأنبه إذا ما انتهت هذه العقود على النحو المقدم ولجأ المؤجر الى المحكمة طالبا أخلاء المستأجر فان المحكمة لا تملك الا اجابته الى طلبه متى تحققت من أن المستأجر أجنبى الجنسية وأن مدة اقامته بالبلاد قد انتهت ، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق ان عقد الإيجار الصادر لصالح الطاعن وهو أجنبى الجنسية - قد أبرم فى ١٩٧٠/٦/٢٥ وظل ساريا الى حين نفاذ القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ حال ان مدة اقامته فى البلاد قد أنتهت فى سنة ١٩٧٣ ولم تكن له مدة اقامة سارية وقت العمل بالقانون المذكور ، ومن ثم فان هذا العقد يكون قد أنتهى بقوة ذلك القانون ومن تاريخ نفاذه فى ١٩٨٧/٧/٣١ ، ولا عبرة من بعد باتخاذ الطاعن اجراءات تالية للحصول على اقامة جديدة ، اذ ان ذلك ليس من شأنه ان يعيد الى العقد الذى انتهى بقوة القانون سريانه حتى لو صدر له تصريح جديد بالاقامة عن مدة تالية لانتهاء مدة العقد . ولما كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فانه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

وحيث ان حاصل ما ينهائ الطاعن بالسببين الثانى والثالث البطلان والفساد ، فى الاستدلال والقصور فى التسبيب ، وفى بيان ذلك يقول ان الحكم المطعون فيه اعتمد بصحة اعلانه بصحيفة الاستئناف فى النيابة العامة على خلاف ما تقتضى به المادتين ١٠ ، ١١ من قانون المرافعات من وجوب اعلانه بمحل اقامته بنشقة النزاع ، ملتفتا عن شهادة مصلحة ووثائق السفر والهجرة والجنسية التى تفيد موافقتها على طلبه بالحصول

الاستئناف تنظر ذات القضية التي صدر فيها الحكم المستأنف دون اعتداد بما انتهى اليه ذلك الحكم ولها حق العاوة أو تعديله أو تأييده ومن ثم فإنها لا تتقيد بما لهذا الحكم من حجية ، فإن ما يثيره الطاعن بشأن عدم تقيد الحكم المطعون فيه بحجبيه الحكم الابتدائي فيما قطع فيه من وجود اقامة له بالبلاد ، يكون ولا سند له في القانون والنعي في شقه الأخير غير مقبول ذلك أنه لا الزام على محكمة الاستئناف ان تنفذ أسباب الحكم الابتدائي الذي الفته وحسبها أن تقيم قضاءها على ما يكفي لحملة ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد خلص الى انتهاء مدة اقامة الطاعن بالبلاد في سنة ١٩٧٣ وعدم حصوله على اقامة جديدة ورتب على ذلك انها العقد وصحة اعلانه عن طريق النيابة العامة بأسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق وكانت يمكن الموضوع غير ملزمة بتتبع الخصوم في مناحي دفاعهم وحججهم والرد على كل منها استقلالا ، ومن ثم فان هذا الشق من النعي لا يعدو أن يكون جدلا فيما لمحكمة الموضوع سلطة تحصيله وتقديره بغية الحصول على نتيجة مغايرة وهو ما لا يجوز اثارته أمام محكمة النقص .

وحيث أنه لما تقدم بتعين رفض الطعن .

(الطعن رقم ٢٤١٣ سنة ٥٢ قضائي)

(٣)

جلسة ١٩٨٩/٢/٢٣

المحكمة :

بغد الإطلاع على الأوراق وسماع التقرير

بتسليم الأوراق للنيابة ، لا فرق في ذلك بين إعلان صحيفة افتتاح الدعوى أو صحيفة الاستئناف وبين إعلان الحكم ، كل ذلك ما لم يكن الأجنبي قد حصل على تصريح جديد بالاقامة قبل توجيه الاعلان فيتعين توجيه الاعلان اليه بموطنه داخل البلاد ، لما كان ذلك وكان ما تنص عليه المادة ١٧ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ من أن " الاقامة تثبت بشهادة صادرة من الجهة الادارية المختصة ... " وما تنص عليه المادة ١٦ من القانون ٨٩ لسنة ١٩٦٠ في شأن اقامة الاجانب المعدل بالقانون ٤٩ لسنة ١٩٦٨ من أنه " يجب على كل أجنبي ان يكون حاصلًا على ترخيص في الاقامة " مؤداه أن - المعول عليه في اثبات الاقامة هو صدور الترخيص بالفعل وحصول الاجنبي عليه أما موافقة الجهة الإدارية ثم الغائها تلك الموافقة أو اعتبارها منعدمة ورفضها اصدار الترخيص الترخيص فلا يثبت الاقامة حتى ولو أصدرت الجهة الادارية المختصة شهادة تثبت تلك الاجراءات ، ولما كان الثابت بالأوراق ان الطاعن تقدم بطلب الحصول على ترخيص بالاقامة فوافقت مصلحة وثائق السفر والهجرة والجنسية إلا أنه غادر البلاد قبل سداد رسوم الترخيص واستلامه وتغيب في الخارج فترة مما حدا بالمصلحة المذكورة الى اعتبار موافقتها منعدمة ، وكان مؤدى ذلك عدم ثبوت اقامة الطاعن لعدم صدور ترخيص بذلك سارى وقت اعلانه بصحيفة الاستئناف ومن ثم فلا على الحكم المطعون فيه أن اعتد بصحة اعلانه بها عن طريق النيابة العامة التزاما بحكم المادة ١٧ من القانون ١٣٦ لسنة ٨١ ، والنعي في شقه الثاني في غير محله ذلك أنه لما كانت محكمة

فى تطبيق القانون وفى بيان ذلك يقول أنه كان يتعين على محكمة الاستئناف أن تحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة لتعلق ذلك الدفع بالنظام العام إذ أن المطعون ضده الأول - الذى أقام الدعوى - أجر العين - محل النزاع باعتباره وكيلاً عن والده مالك العقار وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

وحيث أن هذا النعى غير مقبول ذلك أن الدفع بأنعدام صفة أحد الخصوم فى الدعوى - وعلى ما جرى قضاء هذه المحكمة - غير متعلق بالنظام العام وإذ كان الثابت بالأوراق أن الطاعن لم يسبق له أن تمسك أمام محكمة الموضوع بأنعدام صفة المطعون ضده الأول فإن ما يثيره بهذا الدفع يكون سبباً جديداً لا يجوز له إثارته أمام هذه المحكمة لأول مرة .

وحيث أن الطاعن ينعى بالسببين الثانى والثالث على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسييب وفى بيان ذلك يقول انه دفع أمام محكمة أول درجة بإنعدام صفة المطعون ضده الأول تأسيساً على أنه اشترى العين المؤجرة بالجندك من أخرى كانت قد اشترتها ايضاً بالجندك من مستأجرها الأصلي والمطعون ضده الثانى ورفضت المحكمة الدفع ولم يستأنف حكمها لصدوره فى الموضوع لصالحه ومن ثم كان يتعين على محكمة الاستئناف أن تعرض لهذا الدفع عملاً بنص المادة ٢٣٣ من قانون المرافعات إلا أنها اغفلت الرد عليه مما يعيب حكمها ويستوجب نقضه .

الذى تلاه السيد المستشار المقرر محمد محمد طيحه والمرافعة وبعد المداولة .

حيث أن الطعن استوفى اوضاعه الشكلية .

وحيث أن الوقائع تتحصل - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - فى أن المطعون ضده الأول أقام على الطاعن والمطعون ضده الثانى الدعوى رقم ١٧٢٧ سنة ١٩٧٨ مدنى كلى اسكندرية طالباً الحكم بفسخ عقد الإيجار المؤرخ ١٩٧٥/٣/١ وإخلاء العين المؤجرة المبينة بالصحيفة والتسليم وقال بياناً لدعواه أن المطعون ضده الثانى استأجر منه السدكان محل النزاع لاستعماله فى كى الملابس ثم قام بتأجيريه من الباطن للطاعن مخالفاً الحظر الوارد بالعقد والقانون فأقام الدعوى .

دفع الطاعن بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة ورفضت المحكمة الدفع وأحالت الدعوى إلى التحقيق وبعد سماع الشهود حكمت برفض الدعوى استأنف المطعون ضده الاول الحكم بالاستئناف رقم ٦٠٣ سنة ٣٥ ق اسكندرية بتاريخ ١٩٨١/٥/٢٥ قضت المحكمة بالغاء الحكم المستأنف وفسخ عقد الايجار وإخلاء العين المؤجرة والتسليم .

طعن الطاعن فى هذا الحكم بطريق النقص = وقدمت النيابة مذكرة أيدت فيها رأى برفض الطعن وإذ عرض الطعن على هذه المحكمة فى غرفة مشورة حددت جلسة نظرة وفيها إلتمزت النيابة رأيها .

وحيث أن الطعن أقيم على أربعة أسباب ينمى الطاعن بأولها على الحكم المطعون فيه الخطأ

المطعون فيه بالاخلاء فانه يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النص مرود ذلك أن النعى في الفقرة الثانية من المادة ٥٩٤ من القانون المدني على انه " اذا كان الامر خاصاً بإيجار عقار أنشئ به مصنع أو متجر واقتضت الضرورة أن يبيع المستاجر هذا المصنع أو المتجر جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع ان تقضى بابقاء الايجار " يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على ان المشرع أجاز التجاوز عن الشرط المانع وإباح للمستاجر التنازل عن الايجار على خلافه متى انشأ المستاجر في العين المؤجرة متجراً أو مصنعاً بشرط أن تثبت الصفه التجارية للنشاط الذي كان يزاوله المتنازل وقت اتمام بيع المتجر أو المصنع . مما مفاده أنه يجب لاعتبار المحل تجارياً في معنى المادة - ٥٩٤ سالفه الذكر أن يكون مستغلاً في نشاط تجارى قوامه الاشتغال بأعمال واغراض تجارية فاذا كان غير ذلك بان انتفت عن نشاط مستغلة الصفه التجارية فلا يجوز بيع هذا المحل بالجدك ومؤدى هذا أنه اذا كان المحل مستغلاً في نشاط حرفي قوامه الاعتماد وصفه رئيسية على استغلال المواهب الشخصية والخبرات العملية والمهارات الفنية فانه لا يعتبر محلاً تجارياً ذلك ان الحرفى الذى يتخذ من العمل اليدوى - سواء بشاره بنفسه أو بمعاونة الغير - أساساً لنشاطه ومصدراً لرزقه لا تكون له صفه التاجر ولا يتسم نشاطه بالصفه التجارية ومن ثم فلا يعتبر المكان الذى يزاوله محلاً تجارياً حتى ان وجدت فيه بعض الآدوات والمهمات والبيضائع أو كان له عملاء وبالتالي فلا ينطبق في

وحيث ان هذا النعى مرود ذلك ان المقرر - فى قضاء هذه المحكمة إنه إذا كان الدفع بعدم قبول الدعوى على غير أساس من القانون فانه لا يصح النعى على محكمة الموضوع أغفاله الرد عليه متى كان لا يحوى دفاعاً جوهرياً يصح ان يتغير به وجه الرأى فى الدعوى . لما كان ذلك وكان الثابت ان الدفع الذى ابداه الطاعن أمام محكمة اول درجة بإندعام صفه المطعون ضده الأول فى رفع دعوى الفسخ والاخلاء منهاء شراؤه للعين المؤجرة بالجدك من أخرى كانت قد اشترتها أيضاً بالجدك من مستاجرها الأصلى وكان يتعين اختصاصها فى الدعوة فان مبنى الدفع بهذه المثابة لا يتضمن انكاراً لصفه المطعون ضده الأول كؤجر للعين فى رفع دعوى الاخلاء على مستاجره الاصلى ومن تنازل له الأخير عن العين أو أجزاها له من الباطن على خلاف الحظر الوارد بالعقد والقانون ويكون الدفع بانعدام صفه المطعون ضده الأول على غير اساس من القانون وبالتالي فهو دفع غير جوهري لا يعيب الحكم المطعون فيه الإلتفات عن بحثه ويكون النعى على غير أساس .

وحيث ان الطاعن يعنى بالسبب الرابع على الحكم المطعون فيه القصور فى التيسير وفساد الاستدلال وفى بيان ذلك يقول انه لا يشترط لاشتباه الصفه التجارية على عمل اخر غير استخدامه عمالاً أو آلات وأن مباشرة للمطعون ضده الثانى لعمله فى العين محل النزاع بالأت الكى تجعله تاجراً ومحلّه محلاً تجارياً يجوز له بيعه بالجدك فى حالة الضرورة وقد اضطر لبيع المحل لكساد مهنته ومرضه واذا قضى الحكم

الذي تلاه السيد المستشار المقرر طلعت امين صادق والمرافعة وبعد المداولة .

حيث أن الطعن استوفى اوضاعه الشكلية .

وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل في أن المطعون ضده أقام الدعوى رقم ١٦٣٤ لسنة ١٩٨٠ مدني كلى اليوم علي الشركة الطاعنة بطلبات ختامية هي الحكم .

(أولاً : ببطلان لائحة الشركة فيما نصت عليه من عدم إحساب مدة الاجازة بدون مرتب ضمن المدة البينية أو الكلية اللازمة للترقية ، ومن عدم استحقاقه للترقية أو العلاوة الدورية اثناء الاجازة

ثانياً : ببطلان اقراره بالتنازل عن حقه في الترقية والعلوات الدورية خلال مدة الاجازة .

ثالثاً : بأحقيته في الترقية الى الدرجة الخامسة " الفئة الثالثة طبقاً للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٨ " اعتباراً من ١/١/١٩٧٨ وللعلوات الدورية المقررة لها مع ما يترتب على ذلك من فروق مالية .

(أبعباً : بأحقيته للفئة (ب) اعتباراً من ١/١/١٩٨٠ ، وقال بياناً لدعواه إنه من العاملين لدى الطاعنة ، ومنح اجازة بدون مرتب في الفترة من ٣/٤/١٩٧٦ حتى ١٦/١٠/١٩٧٨ وإذا نصت لاحتها الداخلية على عدم احتساب مدة الاجازة التي تمنح للعامل بدون مرتب ضمن المدة البينية أو الكلية اللازمة للترقية ، وعدم جواز ترقيته اثناء الاجازة ، كما جرى العمل فيها على وجوب اقرار العامل كتابة بتنازله عن العلوات والترقيات المقررة له طوال مدة الإجازة ، وكان

شأنه حكم المادة - ٢/٥٩٤ من القانون المدني . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه على ما أورده بمدناته من أن " الثابت من أقوال من استشهد بهما المستأنف عليه الثاني (الطاعن) والتي تضمئن المحكمة اليها ان المستأنف عليه الاول (المطعون ضده الثاني) كان يمارس عمله كحرفى بمفرده في عين التداعى وبغير آلات تنتج ومن ثم لا يكون قد انشأ متجراً بالمكان المؤجر وبالتالي لا يسرى حكم المادة ٥٩٤ مدني على البيع الصادر منه الى أطاف على محمد ولا ينفذ تبعاً لذلك التنازل عن الايجار الصادر منه لها في المستأنف (المطعون ضده الاول) ويسرى هذا الأمر أيضاً على البيع الصادر من الطاف على محمد الى المستأنف عليه الثاني (الطاعن) اذ الثابت انها كانت تمارس عملها كحرفه بمفردها وبغير آلات " وهى أسباب سائفة لها أصلها الثابت بالاوراق وتنطبق على واقع الدعوى فان طعن الطاعن على الحكم بالقصور وفساد الاستدلال لا يعدو أن يكون جدلاً فيما لمحكمة الموضوع من سلطة فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة المقدمة فيها وهو جائز اثارته أمام هذه المحكمة ويكون النعى على غير أساس .

ولما تقدم يتعين رفض الطعن .

(الطعن رقم ١٩٤٥ لسنة ٥٩ قضائية)

(٤)

جلسة ١٢/٣/١٩٨٩

المحكمة:

بعد الاطلاع على الاوراق وسماع التقرير

ذلك تقوم أن المادة الثامنة من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ - والمنطبق على حركة الترقيات الصادرة بتاريخ ١٩٧٧/١٢/٣١ - جعلت الترقية الى وظائف المستويين الأول والثاني بالإختيار على أساس الكفاية ، وخولت جهة العمل وضع الضوابط والمعايير اللازمة للترقية ومنها المعيار الذي وضعته ، وهو أن يكون المرشح للترقية قائماً بالعمل فعلاً ، ومقتضى تطبيقه أن المطعون ضده لم يكن مستحقاً في هذه الحركة الترقية الى الفئة الخامسة أعتباراً من ١٩٧٨/١/١ لوجوده في ذلك الوقت بأجازه بدون مرتسب ، وبالتالي لا يستحق الترقية الى الفئة الثانية (ب) أعتباراً من ١٩٨٠/١/١ وإذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على ان النص في لائحته الداخلية على عدم جواز ترقية العامل المصرح له بأجازه بدون مرتب يقع باطلا لمخالفته أحكام القانون التي حددت على سبيل الحصر موانع الترقية ، وليس من بينهما حصول العامل على أجازة بدون مرتب ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

وحيث إن هذا النعي في محله ، ذلك أنه لما كانت المادة الثامنة من نظام العاملين بالقطاع العام الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ - والذي يحكم حركة الترقيات الصادرة بتاريخ ١٩٧٧/١٢/٣١ - قد نصت على أنه " لا تجوز الترقية إلا لوظيفة خالية بالهيكل التنظيمي للمؤسسة أو الوحدة الاقتصادية وفي الوظيفة الاعلى مباشرة ويشترط أن يكون المرشح للترقية مستوفياً لإشتراطات شغل الوظيفة وتكون الترقية الى وظائف المستوى الأول والثاني بالاختيار على أساس الكفاية ...

ما تضمنته الاقرار ونص اللاتحة باطلاً لمخالفته أحكام القانون ، ويعنى له البطالية بالترقية الى الفئتين سالفتي الذكر ، ومن ثم فقد أقام الدعوى بالطلبات آنفة البيان ، نذبت المحكمة خبيراً ، وبعد أن قدم تقريره قضت في ١٩٨١/١٢/٢٩

أولاً : بعدم مشروعية لاتحة الطاعنة بما تضمنته من عدم احتساب مدة الاجازة بدون مرتب ضمن المدد اللازمة للترقية واستحقاق العلاوات .

ثانياً : ببطلان اقرار المطعون ضده بتنزله عن حقه في احتساب مدة الاجازة بدون مرتب ضمن المدد اللازمة للترقيات والعلاوات . ثالثاً : بأحقية في الترقية الى الدرجة الخامسة . الثالثة أ " اعتباراً من ١٩٧٨/١/١ .

رابعاً : بأحقية في الترقية الى الفئة الثانية (ب) اعتباراً من ١٩٨٠/١/١ .

خامساً : بالزام الطاعنة أن تدفع له مبلغ ١٢ جنيتها . استأنفت الطاعنة هذا الحكم أمام محكمة استئناف بنى سريف " مأمورية الفيوم " بالاستئناف رقم ١٠٥ لسنة ١٨ ق ، وبتاريخ ١٩٨٢/١٥/١٩ نذبت المحكمة خبيراً لاداء المهمة الميمنة بمنطوق الحكم . وبعد أن أودع الخبير تقريره حكمت بتاريخ ١٩٨٤/١/١٠ بتأييد الحكم المستأنف . طعنن الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقص " وقدمت النيابة العامة مذكرة أبدت فيها الرأي بتلغى الحكم ، ويحرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة حددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها .

وحيث أن مما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفي بيان

الترقية كنظام مقرر للمصلحة العامة ، وكان الواقع في الدعوى أن حركة الترقيات الى الفئة الخامسة قد صدرت بتاريخ ١٩٧٧/١٢/٣١ على أن يعمل بها اعتبارا من ١٩٧٨/١/١ ، وكان المطعون ضده في ذلك الوقت قائما بأجازة بدون مرتب ، فانه يكون فاقد الحق في الترقية الى هذه الفئة ، ولا يستحق ترتيبا على ذلك الترقية الى الفئة التي تلوها " الفئة الثانية ب " اعتبارا من ١٩٨٠/١/١ ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم مشروعية لائحة الطاعنة ، وبإعلان اقرار المطعون ضده فيما تضمنه من عدم احتساب مدة الاجازة بدون مرتب ضمن المدد اللازمة للترقية واستحقاق العلاوات الدورية المترتبة عليها ، وبأحقية المذكور للفئتين سالفتي الذكر ، والزام الطاعنة بفروق الترقية ، فانه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى اسباب الطعن .

وحيث أن الموضوع صالح للفصل فيه ، ولما تقدم ، يتعين القضاء في موضوع الاستئناف رقم ١٠٥ لسنة ١٨ ق بى سويف " مأمورية الفيوم " بإلغاء الحكم المستأنف ويرفض دعوى المطعون ضده .

(الطعن رقم ٧١٦ لسنة ٥٤ قضائية)

(٥)

جلسة ١٩٨٩/٣/٢٨

المحكمة:

بعد الإطلاع على الاوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر حسين محمد حسن عقر والمرافعة وبعد المناولة .

ويضع مجلس - الإدارة الضوابط والمعايير اللازمة للترقية بحسب ظروف وطبيعة نشاط المؤسسة أو الوحدة الاقتصادية ... " وكان مفاد هذا النص - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن المشرع جعل الترقية الى وظائف المستويين الاول والثانى بالاختيار على أساس الكفاية ، وخول مجلس ادارة الوحدة الاقتصادية سلطة تقديرية يضع بمقتضاها ما يستتبه من ضوابط ومعايير للترقية بحسب ظروف الوحدة الاقتصادية التي يديرها وطبيعة نشاطها مادامت غير مجافية للقانون ، وعامة التطبيق ، ويهدف بها الى رعاية الصالح العام ، كما منع جهة العمل وحدها حق اختيار الاصلح من العاملين فيها للترقية الى المستويين الاول والثانى ملتزمة في ذلك بما تضعه من ضوابط ومعايير ، ولا يحدها في ذلك الا عيب اساءة إستعمال السلطة اذا خرجت عن هذه الضوابط والمعايير ، أو تنكبت وجهه المصلحة العامة التي يجب أن تنغيها الى باعث آخر لا يمت لها بصلة ، لما كان ذلك ، وكان بين من الاوراق أن الطاعنة وضعت معياراً عاماً للترقية بأن نصت في لائحته الداخلية على عدم احتساب مدة الاجازة التي تمتع للعامل بدون مرتب ضمن المدة اللازمة للترقية ، وعدم جواز ترقيته اثناء الاجازة ، وأنه - إعمالاً لهذا الشرط جرى العمل فيها على وجوب اقرار العامل كتابة بتنازله عن الترقيات المقررة خلال مدة الاجازة ، قاصدة بذلك أن تكون المفاضلة بين المرشحين للترقية - عند الاختيار على أساس القيام فعلاً بالعمل - وهو مالا يناهض أحكام القانون ، وإنما تتحقق به الخدمات التي تؤديها الوظائف مما تستهدف

١٩٧٩ الذي قرر للمطلقة الحاضنة الحق في شغل سكن الزوجية المجر مدة الحضانة قد حكم بعدم دستوريته ونشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية قبل الفصل نهائياً في الدعوى فامتنع تطبيقه على واقعته وكان القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ - لا تسرى أحكامه عليها لان اثره الرجعى لا يمتد الى تاريخ حصول الطلاق فان قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها قبل ذلك وأحكام الشريعة الاسلامية بحسب تطبيقها على الدعوى وهى لا تجعل للمطلقة الحاضنة الحق في الاستقلال بمسكن الزوجية مدة الحضانة وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض دعواه باسترداد مسكن الزوجية فانه يكون معيباً بخالفه القانون والخطأ في تطبيقه .

وحيث ان هذا النعى غير سديد ذلك انه لما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة وأن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية وأخذاً بمفهوم المادة السابعة منه يسرى على المراكز القانونية التى تكونت فى ظل العمل بالقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذى حكم بعدم دستوريته طالما لم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الامر المقضى وكان الحكم المطعون فيه قد طبق على واقعة الدعوى أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فانه يكون قد التزم صحيح القانون ويكون النعى على غير اساس .

وحيث ان الطاعن يعنى بالسبب الثانى على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه وفى بيان ذلك يقول أن من حقه ان يسترد مسكن الزوجية من الحاضنة الإنتهاء مدة حضانتها

حيث أن الطعن استوفى اوضاعه الشكلية .

وحيث أن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الاوراق - تتحصل فى ان الطاعن اقام الدعوى رقم ٥٧٠ لسنة ١٩٨١ كلى أحوال شخصية الجيزة ضد المطعون عليها للحكم بتسليمه مسكن الزوجية الكائن بالشقة رقم (١١) بالعقار رقم (٨) شارع النخيل وقال بياناً لذلك انه تزوج بالمطعون عليها بصحيح العقد الشرعى وأنجب منها على فراش الزوجية الصغيرة " علا المولودة فى ١٩٦٥/٩/١٠ وبعد أن طلقها استمرت فى شغل مسكن الزوجية لحضانة ابنتها منه واذ حكم بضم الصغيره اليه بعد بلوغها سن الخامسة عشرة ويحقق له ان يعود لسكنه فقد اقام الدعوى . وفى ١٩٨٣/٤/١٠ حكمت المحكمة باسترداد الطاعن لمسكن الزوجية . أستأنفت المطعون عليها هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٥٣ لسنة ١٠٠ ق القاهرة تأسيساً على إلغاء الحكم بضم الصغيرة الى الطاعن وتاريخ ١٩٨٦/٣/٦ حكمت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف ويرفض الدعوى .

طعن الطاعن فى هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأى بنقض الحكم وعرض الطعن على هذه المحكمة فى غرفة مشورة فحددت جلسة نظره وفيها إتزمت النيابة رأيها .

وحيث أن الطعن اقيم على ثلاثة أسباب يعنى الطاعن بالسبب الاول منها على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه وفى بيان ذلك يقول أنه لما كان القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة

نهايتها نهاية الحق الحاضنة في شغل مسكن الزوجية هي المدة الإلزامية لحضانة النساء ، وإذا انتهت هذه المدة ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتي عشرة سنة طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ٢٠ فإن حق الحاضنة في شغل مسكن الزوجية يسقط ببلوغ المحضون هذه السن كل بحسب نوعه ذكرًا كان أو أنثى ، وحينئذ يعود للزوج المطلق حقه في الانتفاع بالمسكن مادام له من قبل أن يحفظ به قانوناً ولا يغير من ذلك ما أجازته نص الفقرة الأولى من المادة ٢٠ - بعد انتهاء مدة حضانة النساء - للقاضي في أن يأذن بإبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج في يد من كانت تحضنها دون أجر حضانه إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك لأن هذه المدة لم تورد في النص حداً لمدة حضانة النساء ولا هي تعتبر امتداداً لها وإنما هي مدة استبقاء بعد أن أصبح في مقدور الأولاد الفناء عن حضانة وخدمة النساء وهي بالنسبة للبت التي لم تتزوج قد تطول إلى ما بعد أن يكون قد بلغت من الرشد كاملة الأهلية وتلك وحدها القرار في شؤونها ويخضع الإذن بهذه المدة لتقدير القاضي من حيث دواعيها والعائد منها ، فإذا مارخص بها لمن اختارت لنفسها - تشارك الأب مهامه الإصباليه في مرحلة حفظ وتربية أولادى متبرعة بخدماتها لهم فلا التزام على الأب نحوها لا بأجر حضانة لها ولا بمسكنها ويقع عليها أن تسكن الأولاد معها السكن المناسب مقابل أجر المسكن من مالهم إن كان لهم مال أو من مال من يجب عليه نفقتهم وفي القول على خلاف ذلك تحميل للنصوص المعنية بما لا تتسع له وتكاثرت للمنازعات بسبب

لايتها منه والتي حددها المشرع ببلوغ سن اثني عشر سنة وإن أبقاها في يد الحاضنة بعد هذه السن وحتى تتزوج لا أثر له على هذا الحق وإذا خالف الحكم هذا النظر ورفض دعواه باسترداد مسكن الزوجية رغم بلوغ ابنته أقصى سن الحضانة فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

وحيث أن هذا النعى شديد ذلك أن النص في الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ١٨ مكرراً ثالثاً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضاف بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بأن " على الزوج المطلق أن يهيئ لصفاره من مطلقته والحاضنتهم المسكن المستقل المناسب ، فإذا لم يفعل خلال مدة العدة استمروا في شغل مسكن الزوجية المأجر دون المطلق مدة الحضانة فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن " وفي الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون المذكور المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أن " ينتهي حق حضانه النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنتي عشرة سنة ، ويجوز للقاضي بعد هذه السن إبقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج في يسد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أن مصلحتها تقتضي ذلك " مفادة أن الحضانة التي تخول الحاضنة مع من تحتضنها الحق في شغل مسكن الزوجية دون الزوج المطلق هي الحضانة التي تقوم عليها النساء لزوماً خلال المرحلة التي يعجز فيها الصغار عن القيام بمصالح البدن وحدهم ، وهو ما يؤده أن مدة الحضانة التي عنها الشارع بنص الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ١٨ مكرراً ثالثاً المشار إليها والتي جعل من

وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المطعون ضده عن نفسه وبصفته أقام الدعوى رقم ٦٣٦٩ لسنة ١٩٧٩ أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية على الشركة الطاعنة بطلب الحكم بإثبات العلاقة الايجارية بينها عن الودعتين الموضحتين بالصحيفة وتكنيه من الانتفاع بها وتسليمها إليه . وقال بيانا لها أنه إستأجر من الطاعنة هاتين الودعتين لاستعمالهما حظيرتين لإيواء السيارات (جراجين) وأوفى لها . قيمة التأمين والأجرة المستحقة عن المدة من ١٦ سبتمبر حتى نهاية أكتوبر سنة ١٩٧٢ إلا أن الطاعنة لم تكن من الإنتفاع بالودعتين محل النزاع ، وقد سبق له أن أقام الدعوى رقم ٣٧٤١ لسنة ١٩٧٢ أقام ذات المحكمة بطلباته السابقة وقضى فيها لصالحه بحكم نهائى إلا أن هذا الحكم نقض فى الطعن رقم ٨٣٣ لسنة ٤٧ قضائية وقضى فى موضوع الاستئناف رقم ٤٦٢٥ لسنة ٩٠ قضائية القاهرة بالقاء . الحكم المستأنف إستناداً إلى بطلان إعلان الطاعنة بأصل صحيفة الدعوى . ومن ثم أقام الدعوى الراهنة بطلباته سائلة البيان .

حكمت المحكمة بإثبات العلاقة الايجارية عن الودعتين محل النزاع بالأجرة المتفق عليها . وتمكين المطعون ضده بفتح من الإنتفاع واستلامها - إستأنفت الطاعنة هذا الحكم أمام محكمة إستئناف القاهرة برقم ٥٦٧٢ لسنة ٩٧ قضائية . وتاريخ ١٩٨٢/٤/٢٠ قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف - طعنن الطاعنة فى هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة رأيت فيها رفض الطعن ، وعرض الطعن على المحكمة فى

حيازة مسكن الزوجية بما يعود على الاولاد بالأذى النفسى والإجتماعى وهو ما يتأباه المشرع والشئاع .

لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى برفض دعوى الطاعن باسترداد مسكن الزوجية على سند من أن مطلقة المطعون ضدها قد استيقنت يدها على بنتها منه بعد أن تجاوزت مدة حضانه النساء وأن من حقها ان تستمر فى شغل ذلك المسكن فانه يكون قد خالف القانون وخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث السبب الثالث من اسباب الطعن .

وحيث أنه لما كان ما تقدم وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه وكان الثابت بالأوراق ان - تاريخ ميلاد البنت " علا " هو ١٩٦٥/٩/١ وجاوزت السن المحددة لحضانه النساء فان المطعون ضدها تكون قد فقدت سندها فى شغل مسكن الزوجية ويعق للطاعن ان يعود له واذا انتهى الحكم المستأنف الى ذلك صحيحاً فيتعين تأييده

(الطعن رقم ٨٦ لسنة ٩٦ قضائية)

(٦)

جلسة ١٩٨٩/٤/٣٠

المحكمة :

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار عبد النبى خمخم والمراقبة وبعد المناولة .

حيث إن الطعن إستوفى أوضاعه الشكلية .

غرفة مشورة فحددت جلسة نظره - وفيها التزمت النيابة رأيها .

وحيث أن الطعن أقيم على أربعة أسباب تنعى الطاعنة بالأول والثالث منها على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والثابت بالأوراق ، وفي بيان ذلك تقول أن الحكم أقام قضاءً باثبات العلاقة الايجارية على سند من إيصالات سداد تأمين وأجرة الوحدتين محل النزاع الموقع عليهما من مدير حسابات الشركة وصرافها والموظف المختص بتحرير هذه الإيصالات رغم أن هؤلاء عاملين لديها ولم تعهد لأى منهم بإبرام التصرفات القانونية إذا أنهم ليسوا نائبيين أو وكلاء عنها بل هم تابعين لها بسبب علاقة العمل ، فلا يجوز لهم إبرام العقود مع الغير ، وأن رئيس مجلس الإدارة هو الممثل القانوني لها ، كما أنها تمسكت فى دفاعها بأن الوحدتين محل النزاع تم تأجيرهما للشركة المصرية للسلع الغذائية التى وضعت اليد عليها فتكون لها الأفضلية فى حالة تزاحم المستأجرين - وطلبت نذب خبير فى الدعوى لإثبات صحة هذا الدفاع الا أن الحكم المطعون فيه لم يجيبها الى طلبها وذهب الى أن العين محل النزاع تختلف عن تلك المؤجرة الى الشركة المذكورة مخالفاً بذلك عقد الايجار المقدم فى الدعوى .

وحيث أن هذا النعى مردود ، ذلك أنه لما كان النص فى الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ٢٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر المنطبق على واقعة الدعوى على أن " يجوز للمستأجر إثبات واقعة التأجير وجميع شروط العقد بكافة طرق الإثبات . ويحظر على المؤجر

إبرام أكثر من عقد إيجار واحد للمبنى أو الوحدة منه وفى حالة المخالفة يقع باطلاً العقد أو العقود اللاحقة للعقد الأول . " يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أن المشرع قد أجاز للمستأجر أن يثبت واقعة التأجير وجميع شروط العقد بكافة طرق الإثبات سواء كانت الكتابة غير موجودة أصلاً أو وجدت ويراد إثبات ما يخالفها أو ايجازها وأن نقص الحظر الصريح الوارد فى الفقرة الرابعة من المادة ٢٤ من القانون المذكور يوجب وقوع البطلان على عقود الإيجار اللاحقة للعقد الأول ومن ثم فلا يكون هناك محل فى هذه الحالة الأعمال نص المادة ٥٧٣ من القانون المدنى باجراء المفاضلة بينها لأن مناط هذه المفاضلة أن تكون العقود كلها صحيحة . وكان من المقرر أن لمحكمة الموضوع السلطة فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وتقدير ما يقدم لها من أدلة والموازنة بينها واستخلاص ما تراه من الفرائن مؤديا الى النتيجة التى إنتهت اليها دون رقابة عليها من محكمة النقص متى كان إستخلاصها سائفا . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءً باثبات العلاقة الايجارية بين الشركة الطاعنة والمطعون ضده بصفته على ما استخلصه من الايصالات الأربعة المودعة ضمن مستندات الأخير والموقع عليها من مدير الحسابات والصراف والموظف المختص بتحريرها لدى الطاعنة والتى اثبت فى اثنين منها سداد المطعون ضده لقيمة التأمين عن الوحدتين محل النزاع وأثبت فى الايصالين الآخرين قيمة أجزتهما المستحقة عن المدة من ١٩٧٢/٩/١٦ حتى ١٩٧٢/١٠/٣١ وأن مازعمته الطاعنة من تأجيرهايتين الوحدتين

المؤجرتين اليه وتقينه من الإنتفاع بهما هما طلبين تابعين لطلبه الأصلي باثبات علاقته الايجارية لهاتين الوحدتين فإنه لا يكون ملزماً باعذار الطاعة قبل رفع دعواه بهذه الطلبات . واذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم سبقها بانذار فان النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس .

وحيث أن الطاعة تنعى بالسبب الرابع على الحكم المطعون فيه الإخلال بحق الدفاع ومخالفة القانون والخطأ في تطبيقه ، وفي بيان ذلك تقول أن محكمة الاستئناف لم تستجب الى طلبها اعادة الدعوى الى المرافعة للتصريح لها بادخال الشركة المصرية للسلع الغذائية خصماً فيها باعتبارها مستأجرة للوحدتين محل النزاع وتضع اليد عليهما . هذا الى أن الحكم غفل عما نص عليه القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ من عدم جواز تأجير أملاك الدولة الخاصة ومن بينها الوحدات التابعة للشركة الطاعة باعتبارها إحدى شركات القطاع العام الا بطريق الممارسة أو المزاو العلني ورتب البطلان جزاءً على مخالفة ذلك وهو بطلان يتعلق بالنظام العام .

وحيث أن هذا النعى في شقه الأول مردود ، بأن من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن اعادة الدعوى الى المرافعة ليس حقاً للخصوم بتعين اجابتهن اليه وإنما هو أمر متروك لتقدير قاضي الموضوع . ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعة مثلت أمام محكمة الاستئناف وأيدت دفاعها ثم حجزت الدعوى للحكم . فإنه لا على المحكمة إن هي قضت في

للشركة العامة لتجارة السلع الاستهلاكية قد تم بعد قيام العلاقة الايجارية بينها وبين المطعون ضده وكان ما استخلصه الحكم سائفاً وله أصله الثابت في الأوراق ويؤدى إلى النتيجة التي إنتهى إليها فلا عليه أن هو التفت عن طلب الطاعة ندب خبير من الدعوى إذ أن المحكمة غير ملزمة بإجابة مثل هذا الطلب متى وجدت في أوراق الدعوى ومستنداتها وما يكفى لتكوين عقيدتها ويضحي النعى بهذين السببين على غير أساس . وحيث أن الطاعة تنعى بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب ، وفي بيان ذلك تقول أنها دفعت بعدم قبول الدعوى لعدم سبقها باعذار عملاً بنص المادة ١٥٧ من القانون المدني - إلا أن الحكم المطعون فيه رفض هذا الدفع إستناداً الى أن الدعوى أقيمت بطلب الحكم باثبات العلاقة الايجارية للوحدتين محل النزاع فلا يشترط أى يسبقها إعذار وأن طلب التمكين والإنتفاع بهما وتسليمهما تابعين للطلب الأول - في حين أن هذين الطلبين مستقلين عن طلب اثبات العلاقة الايجارية فيجب أن يسبقهما اعذار لها من المطعون ضده .

وحيث أن هذا النعى مردود ، ذلك أنه لما كانت المادة ٢٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ قد أجازت في فقرتها الثالثة للمستأجر إثبات واقعة التأجير وجميع شروط العقد بكافة طرق الاثبات ولم تلزمه بتوجيه إعذار إلى المؤجر قبل رفع الدعوى للمطالبة بإثبات تلك الواقعة خروجاً على القواعد العامة المنصوص عليها في المادة ١٥٧ من القانون المدني التي توجب على الدائن اعذار المدين قبل مطالبته بتنفيذ العقد أو بفسخه ، وكان طلب المطعون ضده تسليمه الوحدتين

ونفذ عقد البيع المتضمن بيع مورت الطاعنين والمطعون عليها للقاصرين المشمولين برصاصيتها الأطنان الزراعية المينة بصحيفة الدعوى نظير ثمن مقداره ٢٦٩٣ جنيه . وقالت بيانا لذلك أن ذلك المورت باع لولديه القاصرين المذكورين أرضا زراعية مساحتها ١١ س ١٥ ط ٢٢ ف مقابل الثمن المشار إليه الذي تبرعت به مالها وقدم البائع للشهر العقارى طلبا برقم ٢١٦ فى ١٩٧٠/٤/٢٩ لإشهار التعاقد وجده بالطلب رقم ١٩٥ فى ١٩٧٨/٧/٢ غير أنه توفى لرحمة الله تعالى قبل إقام الشهر وإذ انكرت المطعون عليها التعاقد المشار إليه فقد أقامت الدعوى بطلبها سالف البيان نذبت المحكمة خبيراً فى الدعوى ، وبعد أن قدم تقريره ، حكمت بتاريخ ١٩٨٦/٥/٢٥ برفض الدعوى . استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالإستئناف رقم ١٠٩٨ سنة ٤٢ ق مدنى لدى محكمة إستئناف الإسكندرية التى حكمت بتاريخ ١٩٨٧/٢/١٩ بتأييد الحكم المستأنف - طعنت الطاعنة فى هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أهدت فيها الرأى برفض الطعن ، وعرض الطعن على هذه الدائرة فى غرفة مشورة فرأت أنه جدير بالنظر وحددت جلسة لنظره وفيها إلتزمت النيابة رأياها .

وحيث إن مما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه الفساد فى الإستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق وفى بيان ذلك تقول إن الحكم أقام قضاءه برفض الدعوى على أن طلب شهر البيع وطلب تجديده المتقدمين من مورثها - البائع - إلى الشهر العقارى لا يدلان على حصول التعاقد لخلوهما من بيان الإلتزامات المتبادلة وشروط البيع ، فى حين

الدعوى دون الاستجابة إلى طلب إعادتها إلى المرافعة والنعى فى شقه الثانى غير مقبول - ذلك أنه لما كانت الطاعنة لم تتمسك أمام محكمة الموضوع بأن الوجدتين محل النزاع تعتبران من أملاك الدولة الخاصة ومن ثم لا يجوز تأجيرها الا بطريق الممارسة أو المزاد العلنى على ما تقضى به أحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ ، وكان هذا الدفاع دفاعا قانونيا يخالطه واقع يقتضى بحث ملكية العقار الكائنة به الوجدتين سالفتى الذكر ، فإنه لا يقبل من الطاعنة التحدى بهذا الشق من النعى لأول مرة أمام محكمة النقض .

ولما تقدم يتعين رفض الطعن .

(الطعن رقم ١٨٣٦ لسنة ٥٢ قضائية)

(٧)

جلسة ١٩٨٩/٦/٢١

المحكمة :

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر صلاح محمود عويس والمرافعة وبعد المداولة .

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث أن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل فى أن الطاعنة عن نفسها وبصفتها وصية على قاصرى المرحوم / محمود مختار توفيق ، أقامت الدعوى رقم ٥١٢٠ لسنة ١٩٨٣ مدنى الإسكندرية الابتدائية ، ضد المطعون عليها بطلب الحكم بصحة

بالأوراق فضلا عن مخالفة القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن .

(الطعن رقم ١٣٥١ سنة ٥٧ قضاية)

(٨)

جلسة ١٩٨٩/١١/٢٩

الحكمة :

بعد الاطلاع على الاوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر محمد رشاد مبروك والمرافعة وبعد المداولة .

حيث ان الطعن استوفى اوضاعه الشكلية .

وحيث ان الوقائع - على مايبين من الحكم المطعون فيه وسائر اوراق الطعن تتحصل فى ان الطاعنة اقامت الدعوى رقم ٣٢٢٣ لسنة ١٩٨١ مدنى اسبوط الابتدائية ضد المطعون عليه بطلب الحكم بفسخ عقد الايجار المؤرخ ١٩٦٣/٨/٢٦ واخلاء المحل الذى يستأجره بموجب هذا العقد . وقالت بيانا لذلك ان المطعون عليه لم يف بالاجرة المستحقة عن المدة من ١٩٧٩/١/١ حتى ١٩٨١/٨/٣١ ومقدارها ٦٥٠٠ جنيه رغم تكليفه بالوفاء فى ١٩٨١/٨/٣١ وهو تكرر فى الإمتناع عن الوفاء بالاجرة - اذ سبق ان اقامت عليه الدعوى رقم ١٨٣ لسنة ١٩٧٤ مدنى اسبوط لتأخره عن سداد الاجرة المستحقة عن فترة سابقة وقد توقى الاخلاء بالسداد أمام محكمة الاستئناف فضلا عن أنه اخل بشروط العقد بتغيير وجه استعمال العين - وتاريخ ١٩٨٣/١١/٢٨

أن الطلبين المشار اليهما تضمنتا بياناً كافياً عن طرفى العقد والبيع والتمس المتفق عليه - هو ما يكفى لإثبات البيع .

وحيث إن هذا النعى شديد . ذلك أنه لما كان إثبات عقد البيع يخضع للقواعد العامة فهو بحسبانه عقدا رضائيا يتم بمجرد اتفاق طرفيه فلا يلزم لإنعقاده إفراغ هذا الاتفاق فى محرر مكتوب أو شكل رسمى ، وكان الطلب الذى يقدم إلى الشهر العقارى لشهر بيع العقار يصلح دليلا كتابيا على إبرام البيع حتى كان مستوفيا أركان إنعقاده وكان موقعا من الطرفين أو من أحدهما الذى يعتبر توقيعه دليلاً على الإيجاب من قبله وأقرنت به واقعة قاطعة الدلالة على قبول الطرف الآخر للبيع قبل أن يسقط الإيجاب - وكان البين من مطالعة الصورة الرسمية لطلب شهر البيع المقدم إلى الشهر العقارى وطلب تجديده أن بيانتهما تضمنت أسماء البائع والمشتري والمتبرعة بالتمن ومساحة الأطنان المبينة وموقعها وحدودها والتمن المتفق عليه وتوقيع مورث الطاعنين بصفته بائعا وبصفته وليا طبيعيا على ولديه المشتري وهى بيانات تتضمن من أركان البيع بما يكفى لإنعقاد العقد بالشروط والإلتزامات التى تنظمها نصوص القانون المدنى المتعلقة بأحكام البيع بإعتبار أنها مكسلة لإرادة الطرفين طالما أنهما لم يتفقا على ما يخالفها . وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وجعل قضاء على أنبأه من أن طلب الشهر وطلب التجديد المشار اليهما لا يتضمنان شروط البيع والإلتزامات الطرفين ورتب على ذلك عدم إنعقاد البيع فإنه يكون مشوباً بمخالفة الثابت

عجز الفقرة سالفة البيان والتي لا يغنى من وجوب الحكم بالاخلاء فيها مبادرة المستأجر لسداد الأجرة قبل قفل باب المرافعة الا اذا قدم مبررات مقبولة لهذا التأخير أو الإمتناع ، واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واستند فى قضائه على ان التكليف بالوفاء شرط قبول دعوى الاخلاء المؤسسة على تكرار الامتناع عن الوفاء بالاجرة ورتب على مجرد الوفاء بالتأخر منها قول رفع الدعوى سقوط التكليف بالوفاء مما حجه عن تناول مبررات تأخير الوفاء بالاجرة عن المواعيد المتفق عليها بالعقد فانه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه لكون حاجة ليحث باقى أوجه الطعن .

(الطعن رقم ٢٣٧٢ لسنة ٥٤ قضائية)

(٩)

جلسة ١٩٩٠/١/٣

المحكمة:

بعد الاطلاع على الاوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر محمد جمال الدين شلقانى نائب رئيس المحكمة والمراقبة وبعد المداولة .

حيث أن الطعن إستوفى اوضاعه الشكلية .

وحيث ان الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تثصل فى ان الطاعن اقام الدعوى رقم ١٥٢٧ لسنة ١٩٧٩ مدنى الجيزة الابتدائية ضد المطعون عليه بطلب

أجابت المحكمة الطاعنة الى طلباتها - استأنف المطعون عليه هذا الحكم بالاستئناف رقم ٥٨/٢٧٢ ق لدى محكمة استئناف أسيوط التى حكمت بتاريخ ١٩٨٤/٦/١٢ بالغاء الحكم المستأنف وبعدم قبول الدعوى - طعن الطاعنة فى هذا الحكم بطريق النقض ، وقدمت النيابة مذكرة ايدت فيها الرأى بنقض الحكم ، وعرض الطعن على هذه الدائرة فى غرفة مشورة فرأت انه جدير بالنظر وحددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيه .

وحيث ان مما تنوع الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون وفى بيان ذلك تقول ان الحكم اقام قضاءه بالغاء الحكم المستأنف وعدم قبول الدعوى على أن المطعون عليه اوفى بالاجرة المتأخرة فى ١٩٨١/١٠/٢٨ قبل رفع الدعوى ، فى حين ان هذا الوفاء تم بعد انقضاء خمسة عشر يوماً من تاريخ تكليفه بالوفاء الحاصل فى ١٩٨١/٨/٣١ وهو ما يكفى لتوافر حالة تكرار الامتناع عن الوفاء بالاجرة الموجبة للاخلاء .

وحيث ان هذا النص شديد ، ذلك ولئن كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان المشرع اعتبر تكليف المستأجر بالوفاء بالاجرة المتأخرة شرطاً أساسياً لقبول دعوى الاخلاء بسبب التأخير فى الوفاء بالاجرة المنصوص عليها فى صدر الفقرة من المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ الا ان هذا التكليف بالوفاء غير لازم لقبول دعوى الاخلاء لتكرار امتناع المستأجر أو تأخره فى الوفاء بالاجرة المستحقة ، المنصوص عليها فى

العمل به حال أن أحكام هذا القانون تسرى على العقود السابقة عليه لتعلقه بأحكام النظام العام .

وحيث أن هذا النقص غير مسديد - ذلك أنه لما كان النص في المادة ٤/٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أن " ... يكون للمالك إذا أقام خارج الجمهورية بصفة مؤقتة أن يؤجر مسكنه مفروشا أو خاليا وعليه في هذه الحالة أن يخطر المستأجر لاخلاء العين في الموعد المحدد لعودته للإقامة بالجمهورية وبشرط أن يمنع المستأجر اجلا مدته ثلاثة أشهر من تاريخ إخطاره ليقوم بإخلاء العين وردها إلى مالكها وإلا اعتبر شاغلا للعين دون سند قانوني .

وذلك أيا كانت مدة الإيجار المتفق عليها .
يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المشرع وإن استحدث بهذا النص حكما جديداً رخص بمقتضاه للمالك الحق في أن يؤجر سكنه خاليا أو مفروشا لمدة مؤقتة بفترة إقامته بالخارج .
يكون له بعدها إخلاء المستأجر منها وفقا لشروط وأوضاع معينة أيا كانت مدة الإيجار المتفق عليها .
وذلك على خلاف الأصل المقرر في جميع قوانين إيجار المساكن وهو الإستثناء القانوني لإيجاره المساكن الحالية والذي تنظمه قاعدة أمرة ومتعلقة بالنظام العام باعتباره الركيزة الأساسية التي تكفل حماية المستأجر، لأن المشرع قد استهدف بهذا الاستثناء إلى جانب التيسير على الملاك مراعاة صالح المستأجرين بتوفير المزيد من فرص السكنى أمامهم ولو كانت لمدة مؤقتة مما مؤده أن يجري أعمال ذلك الحكم المستحدث في حدود مجاله

الحكم بإخلائه من " القيللا " المملوكة له والمبينة بالاوراق والتسليم . وقال بيانا لها أنه أجر له تلك العين بموجب عقد إيجار مؤرخ ١٥/٤/٧٣ لمدة سنة تنتهي في ١٤/٤/١٩٧٤ على أن يتجدد لمدة أخرى طوال فترة عمله بالخارج وإذا تقاعس المطعون عليه عن إخلائها بعد عودته من الخارج وإنذاره بذلك فقد أقام الدعوى بطلبه سالف البينان . .

وبعد أن أحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق حكمت بتاريخ ٢١/١١/١٩٨٢ بإجابتها إلى طلبه . استأنف المطعون عليه هذا الحكم لدى محكمة استئناف القاهرة بالاستئناف رقم ٦٧٥٠ لسنة ٩٩ فحكمت بتاريخ ٢٦/٣/١٩٨٤ بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى . طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي برفض الطعن . وعرض الطعن على هذه الدائرة في غرفة مشورة قرأت أنه جدير بالنظر وحددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها .

وحيث أن الطعن أقيم على أسباب ثلاثة ينمي الطاعن بها على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وانفساد في الاستدلال إذ أقام قضاء برفض الدعوى على أن ما استحدثه القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ من تحويل المالك الذي يؤجر مسكنه إبان مدة إقامته المؤقتة بالخارج حق إخلاء العين في الموعد المحدد لعودته بعد إخطاره بذلك خلال الميعاد المقرر ويسرى بأثر مباشر على وقائع التأخير التي تجد بعد تاريخ

الثاني والثالث دون اذن كتابي بالمخالفة لشروط العقد فقد اقام الدعوى بطليبه المذكورين ، وبتاريخ ٨١/١١/١٢ أجابت المحكمة الطاعن الى طلبيه . استأنف المطعون عليهم هذا الحكم بالاستئناف رقم ٧٦٨ سنة ٣٧ ق لدى محكمة استئناف الاسكندرية التي حكمت بتاريخ ١٩٨٤/١/١٨ بالغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى . طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض ، وقدمت النيابة العامة مذكرة أبدت فيها الرأي برفض الطعن ، وعرض الطعن على هذه الدائرة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيهما .

وحيث ان بما ينهائ الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه اذ اقام قضاء برفض الدعوى على ان المطعون عليه الأول استأجرعين النزاع بفرض السكنى بما يحق معه للمطعون عليهما الثاني والثالث التمسك بامتداد عقد الايجار اليهما طبقاً المادة ٢١ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ ، في حين أن العين أجرت لغير غرض السكن فلا يسرى عليها حكم المادة سالفة البيان .

وحيث ان هذا النعي في محله ذلك أنه لما كان عقد الايجار وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة عقداً رضائياً يخضع في قيامه وانقضائه لمبدأ سلطان الارادة فيما عدا ما فرضه القانون من أحكام مقيدة لهذا المبدأ في حدودها ودون مجاوزة لنطاقها ، فهو متى قسام صحيحاً يلزم عقاذه بما يرد الاتفاق عليه فلا يجوز نقضه او تعديله

ونطاقه وغايته سالف البيان فلا يسرى الا من تاريخ العمل به ولا يطبق الا على الوقائع التي تنشأ بعد نفاذه أي على التأجير الحاصل بعده عن سكن المالك الذي يقيم بالخارج وذلك لمستأجر يعلم بواقع هذا التأجير حتى يكون على بينة من أمره وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فانه يكون قد أصاب صحيح القانون ويكون هذا النعي على غير اساس .

وحيث انه لما تقدم يتعين رفض الطعن .

(الطعن رقم ١٥٥٩ لسنة ٥٤ قضائية)

(١٠)

جلسة ١٩٩٠/١/٣١

المحكمة :

بعد الاطلاع على الاوراق وسماع التقرير الذي تلاه السيد المستشار المقرر فؤاد شلبي والمرافعة وبعد المداولة .

حيث أن الطعن استوفى اوضاعه الشكلية .

وحيث أن الوقائع - على ما يبين من الحكم فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل في أن الطاعن اقام الدعوى رقم ٥٧٦٩ لسنة ١٩٧٩ مدنى الاسكندرية الابتدائية ضد المطعون عليهم بطلب الحكم باخلاتهم من الشقة المبينة بحصيفة الدعوى وتسليمها له . وقال بيئاً لها أنه بموجب عقد مؤرخ ١٠/١/١٩٧٠ استأجر منه المطعون عليه الأول الشقة المشار اليها بقصد استعمالها عيادة طبية ، واذا أجزاها من الباطن للمطعون عليهما

(١١)

جلسة ١٩٩٠ / ٦ / ١١

المحكمة :

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر كمال نافع والمرافعة وبعد المداولة .

حيث أن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر أوراق الطعن - تتحصل فى أن المطعون ضدها أقامت الدعاوى أرقام ٨٣٢ سنة ١٩٨١م ، ١٢٢٩ سنة ١٩٨١ ، ١٩١٠ سنة ١٩٨١ ، ٢٢١٤ سنة ١٩٨١ مدنى بنها الابتدائية طعنأ على قرار لجنة تقدير الأجرة الصادر بتاريخ ١٩٨١/٢/٢٢ بتقدير أجرة الوحدات المؤجرة للطاعنين فى عقارها الكائن بقرية أبو زعبل إبتغاء الحكم أصلياً ببطالته وإحتياطياً بإلغائه ورفع القيمة الإيجارية إلى الحد المناسب للتكاليف الفعلية ، نذبت المحكمة خبيراً فى الدعوى وبعد أن قدم تقريره حكمت فى ١٩٨٤/٥/١١ بإلغاء القرار المطعون فيه وإعتباره كأن لم يكن ، إستأنف الطاعون هذا الحكم بالإستئناف رقم ٤٧٩ سنة ١٧ ق طنطا " مأمورية بنها " وبتاريخ ١٩٨٦/١/٢٠ حكمت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف ، طعن الطاعنون فى هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها رأى بعدم جواز الطعن بالنسبة للطاعنين الأول والثالث والرابع وينقضه بالنسبة للطاعن الثانى ، وإذ عرض الطعن على هذه

إلا باتفاق عقائديه وكان النص فى الفقرة الأولى من المادة ٢١ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ المنطبق على واقعة الدعوى والمقابلة للفقرة الأولى من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أنه " مع عدم الإخلال بحكم المادة الخامسة من هذا القانون لاينتهى عقد ايجارالسكن بوفاة المستأجر أو تركه العين اذا بقى فيها زوجة أو أولاده أو والدية الذين كانوا يقيمون معه حتى الوفاة أو الترك وفيما عدا هؤلاء من أقارب المستأجر حتى الدرجة الثالثة يشترط لاستمرار عقد الايجار اقامتهم فى السكن مدة سنة على الأقل سابقة على وفاة المستأجر أو مدة شغله للسكن ايها اقل " يدل على أن المشرع قد حدد المستفيدين من الامتداد القانونى فيما يتعلق بعمود ايجار المساكن دون سواه فلا يجوز تطبيق حكمه على ما عقد لغير هذا الغرض بحسب قصد المتعاقدين فيه ، وإذ خالف الحكم الطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه برفض دعوى الطاعن على ان المطعون عليه استأجر عين النزاع بقصد استعمالها للسكنى على ذلك أحقية المطعون عليهما الثانى والثالث فى الامتداد القانونى لعقد الايجار طبقاً للمادة ١٢١ المشار اليها دون ان يستظهر تلاقى ارادة طرفى العقد على استعمال العين للسكنى على خلاف ما ورد بعقد الايجار من ان العين أجزت لاستعمالها عيادة طبية فانه يكون قد شابه قصور فى التسبب أدى به الى الخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى اسباب الطعن .

(الطعن رقم ٨٤٣ لسنة ٥٤ قضائية)

الواردة في القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ يؤكد ذلك أن المشرع في المادتين الثانية والثالثة منه بعد أن وضع قواعد تقدير الأجرة وكيفية احتسابها استهدىء بالتقارير السنوية الصادرة عن اللجان المشكلة بقرار من المحافظ المختص أجب في المادة الرابعة على مالك العقار تحديد الأجرة وفقاً للضوابط والمعايير والتقارير والدراسات المشار إليها سلفاً فإن أبرم عقد الإيجار قبل إتمام البناء وحددت فيه الأجرة بصفة مبدئية كان على مالك المبنى إخطار المستأجر بالأجرة المحددة للسكان وفقاً لأحكام هذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إتمام البناء وبشرط ألا يتجاوز الأجرة المبدئية إلا بمقدار الخمس ثم أتبع ذلك في الفقرة الأولى من المادة الخامسة منه أن المستأجر إذا رأى أن الأجرة التي حددها المالك تزيد على الحدود المنصوص عليها في المواد السابقة عليها جاز له خلال تسعين يوماً من تاريخ التعاقد أو من تاريخ الإخطار أو من تاريخ شغله المكان أن يطلب من لجنة تحديد الأجرة المختصة القيام بتحديد أجرة المكان وفقاً للأسس المنصوص عليها في هذا القانون ، وأضافت فقرتها الثانية أن " ويكون الطعن على قرارات هذه اللجان أمام المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها المكان المؤجر ، ثم بينت فقرتها الأخيرة أنه لا تسرى على هذه الطعون أحكام المادتين ١٨ ، ٢٠ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، كل تلك النصوص المتتابعة تنبع عن أن المشرع كان يعنى بها الأماكن التي رخص في إقامتها بعد العمل بأحكامه ، مستهدفاً في ذلك - وعلى ما أشار إليه تقرير اللجنة المشتركة من لجنة

المحكمة في غرفة مشورة حددت لنظرة جلسة وفيها التزمت النيابة رأيها .

لما كان من المقرر طبقاً للمبادئ الدستورية المتعارف عليها أن أحكام القوانين - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا تجرى إلا على ما يقع من تاريخ نفاذها ولا تنعطف آثارها على ما وقع قبلها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك وكان الأصل أن للقانون الجديد أثراً مباشراً تخضع لسلطات الآثار المستقبلية للمراكز القانونية الخاصة إلا في العقود فتخضع للقانون القديم الذي أبرمت في ظله ما لم يكن القانون الجديد من النظام العام فيسترد سلطاته المباشرة على الآثار المترتبة على هذه العقود طالما بقيت سارية عند العمل به مالم يتجه قصد الشارع صراحة أو دلالة إلى ما يخالف ذلك - كما أنه ولئن كان القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ قد أورد أحكاماً موضوعية وأخرى إجرائية لتقدير الأجرة منها ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة منه متعلقاً بجواز الطعن في الأحكام الصادرة فيها ، إلا أنه لما كانت تلك القواعد تسرى على الأماكن الخاضعة لحكمه وهي بصريح نص الفقرة الأولى من المادة الأولى التي رخص في إقامتها بعد العمل بأحكامه في ١٩٨١/٧/٣١ فإن مؤدى ذلك أن القواعد الموضوعية المتعلقة بتقدير الأجرة الواردة في قوانين سابقة والقواعد الإجرائية المتعلقة بطرق الطعن في الأحكام الصادرة فيها والتي إنتظمتها القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ لا زالت سارية واجبة الإعمال بالنسبة للأماكن التي لا تخضع في تقدير أجرتها للقواعد الموضوعية والإجرائية

المستأجر وأولاده ووالديه البقيون معه إقامة مستقرة حتى وفاته أو تركه المسكن دون تحديد لمدة الإقامة بالنسبة لهؤلاء واشتراط لمن عداهم المدة المحددة في النص ولم يشترط بالنسبة لمن تمتد إليهم تلك العقود أن يكونوا من المصريين متى توافر في شأنهم شرط الإقامة المستقرة بالعين مع المستأجر حتى الترك أو الوفاة ، وأنه قد استحدثت بالمادة ١٧ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ حكماً لا يخل بالقاعدة العامة الواردة بالمادة ٢٩ سائلة الإشارة إليها خاصة بعقود التأجير لغير المصريين فنص على انتهائها بانتهاء المدة المحددة لإقامتهم بالبلاد وأجاز للمؤجر أن يطلب إخلاء الأماكن التي يستأجر غير المصريين في تاريخ العمل بأحكام هذا القانون إذا ما انتهت إقامتهم بالبلاد إلا إذا كان يقيم مع المستأجر زوجته المصرية أو أولادها منه فيستمر عقد الإيجار لصالحهم مالم يثبت مغادرتهم للبلاد نهائياً ، ومفاد ذلك أن المستأجر غير المصرى إذا ترك المكان المؤجر لزوجته المصرية أو أولادها منه بعد انتهاء المدة المحددة لإقامته بالبلاد فإن عقد الإيجار وإن انتهى بقوة القانون بالنسبة له إلا أنه يستمر لصالحهم مالم يثبت مغادرة أى منهم البلاد نهائياً حتى لا يتعرضون للطرد من المكان الذى كانوا يقيمون فيه مع المستأجر أما إذا ترك المكان المؤجر لأى من زوجته أو أولادها قبل انتهاء المدة المحددة قانوناً لتلك الإقامة فإن عقد الإيجار يمتد إليهم سواء كانت الزوجة مصرية أو غير مصرية .

بحكم القاعدة العامة فى امتداد عقد الإيجار المنصوص عليها بالمادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩

الإسكان والمرافق العامة والتعمير ومكتب لجنة الشئون الدستورية والتشريعية عن مشروع القانون أن يكون تحديد الأجرة أو الثمن من واقع تكاليف معلنة ومعلومة لطرفى العلاقة فى ضوء آراء ذوى الخبرة فى هذا المجال وبالتالى يكون هذا التحديد بعد اتفاق إرادتهما وفى هذا ما يكفل العودة بهذه العلاقات إلى طبيعتها القانونية فضلاً عن التخفيض ما أمكن من أعباء لجان تحديد الأجرة والمحاكم ، أما الأماكن التى لم يرخص فى إقامتها بعد العمل بأحكام القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فلا تخضع للأحكام الواردة فى هذا القانون الأخير وأما تحكمها النصوص الأخرى الواردة فى القوانين السابقة عليه كل فى نطاق سريان أحكامه ، ولما كانت القواعد الواردة بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن قواعد تحديد الأجرة وطرق الطعن فى الأحكام لا تزال سارية لم يتناولها الإلغاء بنص صريح فى القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ، وكانت دعوى كل من الطاعنين الأول والثالث والرابع أرقام ٨٣٢ سنة ٨١ ، ١٣٢٩ سنة ٨١ ، ١٩١٠ سنة ١٩٨١ بنها الابتدائية رفعت على التوالى فى ١٩٨١/٣/٢٦ ، ١٩٨١/٥/٤ ، ١٩٨١/٧/٢٠ أى فى ظل القانون رقم ٤٩ سنة ١٩٧٧ ، كما أن دعوى الطاعن الثانى رقم ٢٢١٤ سنة ١٩٨١ بنها الابتدائية وبأن رفعت فى ١٩٨١/٩/١١ بعد العمل بأحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ قاعدة عامة فى امتداد عقود الإيجار كافة - سواء كان المستأجر مصرية أو غيرى مصرى - فيستفيد من حق الامتداد القانونى لعقود الإيجار زوجة

وثائق السفر والهجرة والجنسية المرفقة ملف الدعوى فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر وقضى بتأييد حكم محكمة الدرجة الأولى بانتهاؤه عقد الإيجار ورفع تدخل الطاعنين الأول والثانية موضوعاً تأسيساً على أن عقد الإيجار قد انتهى قانوناً بانتهاؤه مدة إقامة المستأجر غير المصرى بالبلاد فى ١٩٨٥/١/٤ وفقاً للمادة ١٧ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ وأن الطاعنين الأول والثانية لا يستفيدان من قواعد الامتداد المقررة حيث لم يثبت أنهما ولدا زوجة مصرية ورغم ما هو ثابت من أن ترك المستأجر العين المؤجرة الحاصل فى ١٩٨٤/٣/٢١ (تاريخ مغادرته البلاد) كان سابقاً على انتهاء المدة المحددة لإقامته قانوناً فى البلاد فى ١٩٨٥/١/٤ وبالتالي يستفيدان من حق الامتداد القانونى لعقد الإيجار المقرر بالمادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا السبب دون ما حازه إلى بحث السبب الثانى للطعن .

(الطعن رقم ٨٨٩ لسنة ٥٦ قضائية)

لسنة ١٩٧٧ على ما سلف الإشارة إليه ، فحكم الفقرة الأخيرة من المادة ١٧ من القانون رقم ١٣٦ سنة ١٩٨١ لم يأت مقيداً لأحكام المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن حقوق غير المصرين المقررة بهما كالمصريين سواء بسواء - ولو شاء المشرع لنص على ذلك صراحة كما فعل فى الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من ذات القانون والفقرة الأولى من المادة ٤٨ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - إنما قصد به رعاية زوجة المستأجر الأجنبى المصرية وأولادها منه الذين يقيمون فيه معه ، ولم يشأ أن تمتد هذه الرعاية لغير زوجة المستأجر المصرية وأولادها منه فى هذه الحالة ، دون ما انتقاص لحقوقهم المقررة بالمادة ٢٩ على ما سلف البيان ، لما كان ذلك ، وكان الطاعنان الأول والثانية قد تمسكا أمام محكمة الموضوع بدفاع حاصله أن عقد إيجار عن النزاع يمتد إليهما بحكم الامتداد القانونى لعقد الإيجار بحسبانهما ولدى المستأجر - اللذين كانا يقيمان معه حتى تركه العين المؤجرة وقبل أن تنتهى إقامته بالبلاد نهائياً فى ١٩٨٥/١/٤ على ما يبين من الشهادة رقم ٩٦٩ بالنسبة ١٩٨٥ الصادرة من مصلحة

ليس الشرف أن تحصل على تكريم ،
ولما أن تكون مستحقاً لهذا التكريم

أرسل

لجنة المحامين أمانة الصندوق

توجه نظر السادة الأساتذة الزملاء المحامين للمبادرة إلى
سداد الاشتراك المستحق قبل نهاية مارس الحالي .
والله ولي التوفيق ..

أمين صندوق لجنة المحامين
أحمد عودة
عضو مجلس لجنة المحامين



دور النيابة العامة فى كفالة

حقوق المجنى عليه فى مصر

للسيد الأستاذ

البشرى الشوربجى

المحامى العام

حقوق المجنى عليه وأهمية حمايتها :

١ - كثر الاهتمام بحقوق المتهم وطال السهر على حماية هذه الحقوق حتى غدت وكأنها محور الدعوى الجنائية وغايتها ، وأما حقوق المجنى عليه وضحايا الجريمة بوجه عام - فلم تحظ باهتمام مناسب .

ولا بأس فى الاهتمام بحقوق المتهم حتى ينال محاكمة عادلة ، ولكن ، لا بد كذلك من الاهتمام بحقوق المجنى عليه ورعاية ضحايا الجريمة وجب اضرارهم تحقيقاً للعدالة الجنائية بالمعنى الكامل أو بالمعنى الصحيح . إذ لا يكفى لتحقيق نظام العدالة الجنائية ملاحقة الجانى بالعقاب ومنحه ضمانات الدفاع ورعاية حقوق مع أهمال حق المجنى عليه . وهو الذى وقعت عليه الجريمة - وهو لا يقبل عن المتهم حاجة أو

استحقاقاً للرعاية والعناية ان لم يكن أولى منه بهما ، تداركاً لآثر الجريمة عليه وإزالة - أو تخفيفاً - لآثارها عنه ، وشفاء لنفسه وإقراراً لمعانى العدل بمساندة المنكوب فى حالة محتته دون تشاغل عن أداء واجب هذه المساندة بدعوى ملاحقة المتسبب فى المخنة أو تعقب المسئول عنها .

ومع ذلك فإن المجنى عليه عنصر هام من عناصر إثبات الجريمة التى وقعت عليه ^(١) ، وليس من شك فى أن العناية به وتقريبه من مجريات الدعوى الجنائية يفيد فى إثباتها كما أن كفالة حقوقه وحقوق ضحايا الجريمة بوجه عام من شأنها أن تخيب غرض الجانى وتفقده فى الغالب ثمرة الجريمة وهذا كله يفيد فى قمع الجريمة قمعا عاما وخاصة معا : فتمنى وجد الجانى أنه محاصر بالعقاب الجنائى

الذى تطليه النيابة العامة ، وبالتعويضات التى يستحقها ضاحايها جرمته وباسترداد عاجل لما سلب من حقوقهم فإنه لن يقدم على الجريمة مرة أخرى ولن يقدم غيره فى المجتمع عليها مادام من الظاهر أنها لا تحقق كسبا ما ، بالقدر الذى يكون لو أن الجانى تقع بثمار جرمته وفر دون تعويض ضحاياه .

من هنا تبدو أهمية حماية حقوق المجنى عليه فى الرعاية .

والتعويض : سواء من منطلق العدالة الجنائية ، أو منطلق النفعية الاجتماعية وفى آن واحد .

٢ - والنيابة العامة وهى تدير شئون الدعوى الجنائية وتختص بمباشرتها ^(٢) وهى شعبة من السلطة القضائية خول الشارع أعضاءها سلطة التحقيق ومباشرة الدعوى العمومية ^(٣)

والاحكام القضائية ومعاقبة جرائم القوانين الجنائية واخيرا الدفاع وحماية الاشخاص العاجزين عن حماية انفسهم^(٨) فهي بهذه الصفة القضائية ، الموضوعية المجردة يمكن ان تظلم بدور بارز في حماية حقوق المجنى عليه وضحايا الجريمة بوجه عام ، وذلك عند مباشرتها للتحقيق وفي تصرفاتها في الاوراق وادارتها للدعوى الجنائية واشرافها على تنفيذ الاحكام . وخصوصاً أحكام الرد والمصادرة وعند التحفظ على ثمار الجريمة والاموال المتحصلة عنها .

وتتناول فيما يلي بيان عناصر دور النيابة العامة في مجال كفالة حقوق المجنى عليه : دورها القائم ، وما ينبغي ان يكون عليه .

فانه مما لا شك فيه ان إتقان قيام النيابة العامة بأعمالها في التحقيق ، وفي التصرف في الاوراق ، وفي الاشراف على مأموري الضبط القضائي ، وحسن تقديرها للملأزمات حفظ الدعوى " لعدم الاهمية "

كما ان المادة ٢٤٨ تجيز له رد القضاة عن الحكم .

وأوجب القانون اعلانه رسميا - كباقي الخصوم - بالموعد المحدد للجلسة حتى تباشر جميع اجراءات التحقيق النهائي في حضوره بشخصه أو بوكيل عنه^(٩) .

٣ - وهذه الحقوق مقررة للمجنى عليه بصفته هذه ودون توقف على اتخاذ صفة المدعى المدني ، ويستحقها ولو لم يتخذ اجراءات الادعاء المدني ، وقد ورد في تقرير لجنة الشيوخ عن المادة ٧٧ اجراءات أنه أجاز للمجنى عليه حضور التحقيق بهذه الصفة كنتيجة للمبدأ الذي تقرر وهو تغويل المجنى عليه كل الحقوق المخولة للمدعى بالحقوق المدنية^(١٠) . إن المجنى عليه - هو " الخصم الحقيقي " في الدعوى العمومية فهو الذي يقع عليه الاعتداء بطريق مباشر ، كما يقرر الاستاذ الدكتور محمود محمد مصطفى^(١١) .

٤ - واذا كانت النيابة العامة هي الهيئة القضائية التي تهتم بكفالة تنفيذ القوانين

وهي تمثل الهيئة الاجتماعية في ذلك سواء عند التحقيق أو الاتهام وتحريك الدعوى الجنائية ومتابعة سيرها حتى يصدر فيها حكم نهائي^(١٢) وهي مع كل ذلك يبدو لنا أنها لاتأبه كثيرا لحقوق المجنى عليه : سواء حقه في رقابة سير الدعوى الجنائية الناشئة عن الجريمة التي

وقعت عليه أو حقه في استدراك آثار الجريمة وتعويض ضحاياها . برغم أن قانون الاجراءات الجنائية يقرر للمجنى عليه كثيرا من حقوق الخصم في الدعوى الجنائية على ما يبين من نصوص كثيرة فيه ، منها نصوص المواد ٧٧ ، ٧٩ ، ٨١ ، ٨٤ ، ١٥٣ ، ٢٧١ ، ٢٧٢ ، وهي تقرر للمجنى عليه حقوقا في حضور جميع اجراءات التحقيق الابتدائي والاطلاع على ما يتم منه في غيبته واصطحاب وكيل معه في التحقيق . . . وتقديم دفعه وطلباته اثناء التحقيق وطلب صور من الاوراق وتلقى الاعلان بما يتخذ من أوامر في التحقيق ، وتوجيه الاستمثلة للشهود أثناء نظر الدعوى .

تدقيق البحث وامعان النظر قبل كل تصرف تتخذه وأخيرا نشر الى تطبيقين هامين للنيابة العامة في مصر لهما مغزاهما في كفالة حقوق المجنى عليه في التعويض هما إدارة التحفظ على الاموال بمكتب النائب العام ، ومكتب تحقيق قضايا التعويضات برئاسة نائب عام مساعد .

تعريف المجنى عليه صاحب الحق في طلب التعويض ، في منظور النيابة العامة

٥ - قيل في تعريف المجنى عليه أنه : صاحب الحق الذي يحميه القانون بنص التجريم ووقع الفعل الاجرامى عدوانا مباشرا عليه ، وأن ثمة فارقا بين تعبيرى " المجنى عليه " و " المضرور من الجريمة " ، وأن كإنا في الغالب يتحدان بحيث يكون المجنى عليه هو المضرور ، ورتب صاحب هذا الرأى نتيجة عليه بقوله أنه اذا اختلف المجنى عليه عن المضرور فالادعاء المباشر يكون للمضرور من الجريمة وان لم يكن هو المجنى عليه فيها وفي مقابل

ولأوجه التصرف فى المضبوطات والاشياء المتحصلة من الجرائم والادوات المستعملة فيها أو التحفظ عليها ، وغايتها باعداد أوامر الاحالة وثقاير الاتهام وقوائم أدلة الاثبات بحيث تكون ، رافضة ودقيقة ، ومتابعتها بجلسات المحاكمة وتحييضها لمستندات الدفاع واهتمامها بمراجعة الاحكام وتقليدها ، كل ذلك لابد أن يكون له عظيم الأثر فى الاحتياط لحقوق المجنى عليه وضمانها والحفاظ عليها ، فضلا عن حقوق الدعوى العمومية .

وبشمل تناولنا للصورة القائمة لدور النيابة العامة فى هذا الضدد ، والصورة الواجبة والمتشودة ، لتحديد اصطلاح " المجنى عليه " فى منظور النيابة العامة ، وبينان حالات تثيل النيابة العامة للمجنى عليه فى الدعوى ، وضرورة التزام النيابة العامة بإعلان المجنى عليه بأسماء الدعوى الجنائية وما يصدر فيها من قرارات ، وخصوصا أوامر الحفظ ، وبوجه عام : نطاق واجب النيابة فى

ذلك فان المجنى عليه ليس له الادعاء المباشر اذا لم يكن قد أصابه من الجريمة ضرر ، فاذا أصاب الفعل المكون للجريمة شخصا سواه بضرر كان له الادعاء المباشر ، وتطبيقا لذلك فزوجة القتيل وأولاده ، وزوج المرأة التى اعتدى عليها بالقلد أو السب ، ووالد الفتاة التى اغتصبت أو هتسك عرضها ، ومستأجر المسال المسروق أو صاحب حق الانتفاع عليه ، كل اولئك لهم الادعاء المباشر برغم أن أحدهم ليس المجنى عليه ، ولكن المجنى عليه فى شروع فى قتل أو سرقة أو نصب الذى لم يصبه ضرر ليس له الادعاء المباشر (١) .

بينما يرى آخرون ان الادعاء المباشر يجب الاعتراف به للمجنى عليه ولو لم يكن قد أصابه ضرر من الجريمة (٢) .

ولا أخال أن جريمة وقعت ، لا تلحق ضررا - بدرجة ما - بالمجنى عليه أى بمن وقعت عليه ولذا ارى ان المجنى عليه مضرور بالجريمة فى كل حال ، وهو أول ضحاياها .

٦ - ولهذا تؤيد الرأي القائل بأن المجنى عليه هو - فضلا عن إراد الجاني الاعتداء على حق من حقوقه - كل من تحققت فيه النتيجة النهائية التي أرادها الفاعل ولو لم يكن يقصده بفعله ، وإن المجنى عليه في الجريمة يلحقه دائما ضرر منها حتى ولو وقفت عند حد الشروع ، فإن كل جريمة ولو لم تتحقق نتائجها تسبب للمجنى عليه فيها أزعاجا واضطرابا كافيين لتمثيل عنصر الضرر ، وإن الشروع البسيط من الممكن أن ينتج عنه اضطراب معنوي ورعب ومساس بالصحة وأضطراب عصبي ولا محل لحرمان المجنى عليه في هذه الصورة من تعويضه عما لحقه من ضرر يبلغ من المال (١١١) وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى إجازة التعويض المدني عن حادث إطلاق عيار نارى لم يصب المجنى عليه وذلك لما أحدثته الجريمة به من أزعاج وترويع (١١٢).

وعرفت محكمة النقض المجنى عليه بأنه هو الذى يقع

عليه الفعل أو يتناوله الترك المؤثر قانونا سواء كان شخصا طبيعيا أم معنويا بمعنى أن يكون هذا الشخص نفسه محلا للحماية القانونية التى يهدف إليها الشارع (١١٣).

٧ - ويؤدى لو اتسع تعريف المجنى عليه ليشمل ما ذهب إليه الفقيه الكبير بوزا ومحكمة النقض الفرنسية (١١٤) وهو أنه :

" يقصد بالمجنى عليه فى الجريمة : كل من أضرت به لا المجنى عليه فقط ، أى كل شخص يلزم الجانى قبله بتعويض الضرر الناشئ عنها " .

وبعبارة أخرى ، فإن " ضحايا الجريمة " كلهم مجنى عليهم بالجريمة " ولهذا أرحب بتعريف إعلان الأمم المتحدة الصادر ١٩٨٥ بشأن المبادئ الأساسية لتوفير العدالة لضحايا الجريمة بأنهم " الأشخاص الذين أصيبوا بضرر فرديا أو جماعيا ، بما فى ذلك الضرر المادى أو العقلى أو المعنوية النفسية أو الخسارة الاقتصادية والحرمان بدرجة

كبيرة من التمتع بحقوقهم الأساسية عن طريق أفعال أو حالات أعمال تشكل انتهاكا للقوانين الجنائية النافذة .

ويمكن اعتبار شخص ما ضحية بمقتضى هذا الإعلان بصرف النظر عما إذا كان مرتكب الفعل قد عرف أو قبض عليه أو قوضى أو أدين ، وبصرف النظر عن العلاقة الأسرية بينه وبين الضحية ، ويشمل مصطلح الضحية أيضا ، حسب الاقتضاء : العائلة المباشرة للضحية الأصلية أو معاليها المباشرين والأشخاص الذين أصيبوا بضرر من جراء التدخل لمساعدة الضحايا فى محنتهم أو لمنع الأيذاء (١١٥) .

٨ - أن هذا يتفق وبساطة التفسير اللغوى لعبارة المجنى عليه وهو من جنت عليه الجريمة أى لحقت به ضرا ما .

هذا التوسع فى مصطلح " المجنى عليه " أو الضحية " هو الذى يكفل عدالة أفضل وأنصافا لكل من أضير بأثرا وبمناسبة الجريمة ، كما يكفل ملاحقة للجناة أجدى وأفعل من

وان كانت النيابة العامة تقبل
الهيئة الاجتماعية كلها فى رفع
الدعوى الجنائية ، فانها هنا
تقبل - المجنى عليه فاقد الاهلية
المذكور - وتقوم مقامه فى
استعمال حق الشكوى فى
الجرائم المعلقة على شكوى
(المواد ٣ - ١٧ ج) وكأنها
نائب خاص له تستهدف
مصلحته الشخصية . وفى
حسن قيام النيابة العامة بهذه
الولاية الخاصة حماية مقصودة
للمجنى عليه وعلى النيابة ان
تحررها وتحصر عليها .

ب - وتقضى المادة ٢٥٢
اجراءات بأنه : اذا كان من لحقه
ضرر من الجريمة فاقد الاهلية ولم
يكن له من يمثله جاز
للمحكمة المرفوعة امامها
الدعوى الجنائية بناء على طلب
النيابة العامة أن تعين له وكيلًا
ليدعى بالحقوق المدنية نيابة عنه
ولا يترتب على ذلك فى أية
حال الزامه بالمصاريف
القضائية .

وفى هذا النص حماية لحقوق
محتملة لفاقد الاهلية ، المضرور
من الجريمة ، اذ تقضى مصلحة

الجريمة ان أمتدت أضرارها الى
غيره وهو أولى لضحايا بالرعاية
وينصرف اصطلاح " المجنى عليه
" للدلالة على ضحايا الجريمة "
بوجه عام " - والجريمة بطبيعتها
عمل ضار لأنها تتضمن عشا
بالحقوق والقيم والمصالح الفردية
والاجتماعية التى يحميها
القانون بوسائل عقابية (١٧) .

حالات تقبل النيابة العامة
للمجنى عليه خاصة :

٩ - أ - تنص المادة

٥ اجراءات ج على أنه اذا
كان المجنى عليه فى الجريمة لم
يبلغ خمس عشرة سنة كاملة أو
كان مصابا بعاهة فى عقله تقدم
الشكوى عن له الولاية عليه ،
واذا كانت الجريمة واقعة على
المال تقبل الشكوى من الوصى
أو القيم وتتبع فى هاتين
الحالتين جميع الاحكام المتقدمة
الخاصة بالشكوى " ثم تقضى
المادة ٦ بانه " اذا تعارضت
مصلحة المجنى عليه مع مصلحة
من يمثله او لم يكن له من يمثله
(من ولى أو وصى أو قيم)
تقوم النيابة العامة مقامه " .

ومفهوم هذا الوجوب أنه

تحديد معنى المجنى عليه أو
المضرور على النحو المتقدم فى
صدر هذا المبحث .

يسأل أكاد أرى أن
المتهم " البرى " الذى زج به
فى اجراءات التحقيق والاتهام
والمحاكمة بغير حق - نتيجة
تضليل العدالة من قبل الجانى
أو بقصور أجهزة العدالة
الجنائية عن معرفة الجانى
الحقيقى ، ذلك المتهم (البرئ)
هو ضحية أخرى من ضحايا
الجريمة بوصفها واقعة اجرامية -
لحقه الضرر بسببها .

وقد يظهر هذا النظر
ما أجازته المادة ٢٦٧ اجراءات
جنائية " للمتهم - أن يطلب
المدعى المدنى أمام المحكمة
الجنائية بتعويض الضرر الذى
لحقه بسبب رفع الدعوى المدنية
عليه اذا كان لذلك وجه " (١٨)
فكيف لايسوغ للمتهم - اذا
ثبتت براءته أن يطلب الجانى
الحقيقى - المتسبب فى الزج به
ظلمًا فى أنهام متعجل ومدير -
بمثل ذلك التعويض ؟ ؟ .

ونخلص بما قدمنا الى ان
المجنى عليه هو - أول ضحايا

إقامة ممثل يتدخل في الإجراءات الجنائية للادعاء مدنياً وتيسير الائتمات والمحافظة على حقوقه بقضا منه مع النيابة العامة ، وإذا عينت المحكمة وكيلًا عن القاصر بناء على طلب النيابة العامة تعين عليه رفع الدعوى المدنية التي وكل لرفعها فإذا امتنع جاز للمحكمة اقالته من الوكالة وتعيين غيره لاداء تلك المهمة ، ومن الحالات الداعية الى اهتمام النيابة العامة بتطبيق هذا النص ان يقتل شخص عمداً أو خطأ ويترك طفلاً صغيراً بفقر عائل فتقوم النيابة محافظة على حقوق هذا الطفل بطلب تعيين وكيل له لمباشرة الدعوى للحصول على الحقوق المدنية وليفصل في شأنها مع الدعوى الجنائية في حكم واحد ويحفظ المال على ذمة الصغير (١٨).

وفي تقديرنا ان جوازية الحكم الوارد في النص محل نظر ، ويؤدي لم جعل وجوباً كحالة المادة ٢٥٣ أ . ج التي توجب على المحكمة تعيين ممثل للمتهم فاقد الأهلية لمواجهة

الدعوى المدنية . لأ المضرور من الجريمة اذا كان فاقد الأهلية وليس له من يمثله كان - كالمتهم - في حاجته الى من يدافع عن حقوقه الضائعة - أن لم يكن أحسج .

وفي القانون الايطالي حكم يجهز للنيابة العامة رفع الدعوى المدنية الناشئة عن الدعوى الجنائية للمطالبة بتعويض المضرور متى كان مصاباً بعاهة في عقله أو قاصراً ولم يكن له من يمثله (١٩) وهو حكم جدير بالتأييد إذ يجعل للنيابة العامة صفة في رفع الدعوى المدنية لصالح المضرور وليس في مجرد طلب تعيين وكيل لأقامتها . فالمضرور هو الذي أصابته الجريمة بضروها مباشرة وقبل أن تصيب المجتمع الذي تمثله النيابة العامة .

ج - وتنص المادة ٣٦٥ إجراءات جنائية - في حماية المجنى عليهم الصغار الذي لم يبلغ من العمر خمس عشرة سنة ان يؤمر بتسليمه الى شخص مؤتمن يتعهد بملاحظته والمحافظة عليه أو الى معهد خيري

معترف به من وزارة الشئون الاجتماعية حتى يفصل في الدعوى ويصدر الامر بذلك من قاضي التحقيق سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب النيابة العامة أو من القاضي الجزئي بناء على طلب النيابة العامة أو من المحكمة المنظورة أمامها الدعوى على حسب الاحوال .

وإذا وقعت الجنسية أو الجنحة على نفس معتوه ، جاز ان يصدر الامر بايداعه مؤقتاً في مصحة أو مستشفى الامراض العقلية أو تسليمه الى شخص مؤتمن على حسب الاحوال .

ضرورة اعلان المجنى عليه بآثار الدعوى الجنائية

١٠ - يؤخذ من نصوص المواد ٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩ ، ٨١ ، ٨٣ ، ١٥٣ ، ١٥٧ ، ٢٧١ ، ٢٧٥ ، إجراءات ج وما سبق أن المجنى عليه هو أحد الخصوم في الدعوى الجنائية وأن من حقه العلم بما يجري فيها من إجراءات التحقيق الابتدائي أو النهائي وما يتخذ فيها من تصرفات ، ولما كانت النيابة

على صورة من الاوراق وتوجب المادة ٥٣١ أخطاره بأمر الحفظ واعلانه بالقرار الصادر بعدم وجود وجه لاقامة الدعوى الجنائية وفي حالة وفاته يكون الاعلان لورثته جملة في محل اقامته لبتاح الطعن عليه بالاستئناف طبقا للمادة (١٦٢ أ. ج.) .

وتوجب اعلان (و امر الحفظ

١١ - وتوجب المادة ٨٠٩ من التعليمات العامة للنيابات كذلك اعلان امر الحفظ الصادر من النيابة الى المجنى عليه والمدعى بالحقوق المدنية فاذا توفي احدهما اعلن لورثته جملة في محل اقامته ويكون الاعلان على يد محضر أو بواسطة احد رجال السلطة العامة وتسلم صورة الاعلان لصاحب الشأن ويودع الاصل بعد التوقيع عليه بالاستلام ملف الدعوى .

وتوجب المادة ٦٢ اجراءات مع المادة ٤٤ اجراءات - على النيابة العامة اذا امرت بحفظ الشكوى أن تعلن أمرها بالحفظ الى الشاكى ولو لم يدع بحقوق مدنية - فاذا كان قد توفي يتم

اجحاف بحقوقه وخطر بالغ عليها لاسيما اذا انتهت الدعوى بالحفظ او بالامر بالا وجه لاقامتها أو نظرت على عجل وفي غيبته فقتضى بالبراءة دون احاطة بطلباته أو اقواله أو سماع معلوماته في مواجهة الشهود . ففقات عليه بذلك اظهار الحقيقة وتقديم معونته للمحقق أو للقاضي في الاثبات ، فضلا عن ضياع حقوقه .

وتقتضى المادة ٢٢٣ من التعليمات القضائية للنيابات الصادرة ١٩٨٠ بأنه يجب على المحقق أن يجرى التحقيق في مواجهة من يريد الحضور من الخصوم وهم المتهم والمجنى عليه والمدعى بالحقوق المدنية والمستول عنها ووكلائهم . . . " كما توجب المادة ٢٢٥ على المحقق اعلان الخصوم باليوم الذى يباشر فيه التحقيق ويكونه ، وتوجب المادة ٥٢٤ منها على المحقق اخطار المعنى بالحق المدنى بذلك أيضا وتوجب المادة ٥٢٦ اعلانه المدعى المدنى بأوامر المحقق التى لم تكن صدرت في مواجهته وتقرر المادة ٥٢٧ حقه في الحصول

العامة هي المختصة بإدارة هذه الدعوى حتى صدور حكم نهائى فيها كان لزاما عليهما اعلان الخصوم باجرائاتها ، حتى حين يتولى التحقيق قاضى التحقيق اذ تنص المادة ٨٣ أ . ج على أنه " اذا لم تكن اوامر قاضى التحقيق صدرت في مواجهة الخصوم تبلغ للنيابة العامة ، وعليها ان تعلنها لهم في ظرف اربع وعشرين ساعة من تاريخ صدورها " . كما توجب المادة ١٥٧ على النيابة العامة عند صدور القرار باحالة الدعوى الى المحكمة الجزئية أن تقوم بأرسال جميع الاوراق الى قلم كتاب المحكمة في ظرف يزمين وباعلان الخصوم بالحضور أمام المحكمة في أقرب جلسة وفي المواعيد المقررة " وقد كفلت المادتان ٢٧٦ ، ٢٧٢ حق المجنى عليه في حضور جلسات المحاكمة وفي مناقشة الشهود ولا يتسنى ذلك " اذا لم يعلن ويمعاد الدعوى .

وليس من شك في ان اغفال واجب إعلان المجنى عليه بأمر الدعوى الجنائية المقامة عن الجريمة التى وقعت عليه ، فيه

الاعلان لورثته جملة فى محل اقامته .

كما تنص المادة ٨١٠ على ان الامر الصادر من النيابة بالحفظ هو اجراء ادارى ، يصدر عنها بوصفها السلطة الادارية التى تهيمن على جميع الاستدلالات وهو لا يقيد بها ويجوز العدول عنه فى أى وقت بالنظر الى طبيعته الادارية البحثية ولا يقبل تظلماً أمام القضاء أو استئنافاً من جانب المدعى بالحق المدنى أو المجنى عليه ، ولهما الا لتجاء الى طريق الادعاء المباشر فى مواد الجنح والمخالفات اذا توافرت شروطه او التظلم الادارى للجهة الرئاسية (٢٠١) وقد قضى بأن الامر الصادر من النيابة بحفظ الشكوى ادارياً - الذى لم يسبقه تحقيق قضائى لا يكون ملزماً لها بل ان لها حق الرجوع بلا قيد ولا شرط بالنظر الى طبيعته الادارية (٢١١) .

١٢ - ومن أسف أن النيابة لاتعنى فى الغالب باعلان اوامر الحفظ ، ولا

الاورام بالألا وجه لاقامة الدعوى الجنائية الى المجنى عليه ولا الى المدعى المدنى برغم أهمية هذا الاعلان لحماية حقوق المجنى عليهم ولفتح باب الطعن عليها أو التظلم الادارى على الاقل ، الذى قد يسفر عن جديد فى الاتبات وعن عود الى الدعوى وتعديل فى سيرها .

والحق أنه أريد حماية حقوق المجنى عليه فى الاحاطة علماً باجراءات الدعوى الجنائية وما تم فيها كان لزاماً على النيابة أن تنفذ بدقة ما أوجبه التعليمات السالفة الذكر وخاصة المادة ٨٠٩ منها .

واجب النيابة فى تدقيق البحث:

وامعان النظر قبل التصرف:
١٣ - ولعل من ضمانات حقوق المجنى عليهم ألا يتصرف عضو النيابة العامة المختص فى الاوراق والتحقيقات بالحفظ أو بالأمر بالألا وجه لاقامة الدعوى قبل استنفاد غاية الطاقة فى تدقيق البحث وامعان النظر فى الواقعة واثبات حاصل

ذلك فى تسبيب واف لما يصدره من اوامر ، فهو انما يؤدى وظيفة قضائية تستلزم الاجتهاد فى الفحص والتساوى فى التحقيق وبذل منتهى الوسع فى العمل . . وترشد التعليمات القضائية اعضاء النيابة الى ذلك ، ومنها نص المادة ٨٠٣ " اذا تبين لعضو النيابة بعد جمع الاستدلالات واستجلاء جميع وقائع الدعوى واستكمال كل نقص فيها ان الاستدلالات قبل التهم " متفنية ، بصفة قاطعة " أو ان " احتمالات الادانة لا تتوافر بنسبة معقولة " تعين عليه اصدار الامر بحفظ الدعوى . . وتوجب المادة ٨٠ ان يشتمل امر الحفظ على بيان الواقعة ومناقشة كل الاستدلالات التى اشتملت عليها الاوراق والاسباب التى يستند عليها عضو النيابة الأمر به وذلك على نحو ينبئ عن انه احاط بالدعوى وبكافة عناصرها عن بصر وبصيرة .

كما حظرت المادة ٨٠٥ ان يتم حفظ الاوراق لعدم كفاية الاستدلالات أو لعدم معرفة الفاعل . . " إلا بعد استنفاد كل

مقررا أن تصالحه كان بداية الجادث على توقع ان الاصابة طفيفة ولا تخلف عاهة . . . وهكذا يكون لكل واقعة ظروفها فى ميزان الملامة حتى يتحقق ما يوجه اليه اعلان الامم المتحدة لجباى حماية ضحايا الجريمة من أنه ينهى استعمال الآليات غير الرسمية لحل النزاعات بما فى ذلك الوساطة والتحكيم والوسائل العرفية لاقامة العدل أو استعمال الممارسات المحلية حسب الاقتضاء لتسهيل استرضاء الضحايا وانصافهم (٢٢)

١٥ - ويجب أن تعنى النياية العامة باستجلاء حقيقة حصول الصلح كلما دفع به المتهم ، واستقصاء مضمونه ومداه فى إزالة اثار الجريمة وفى استرضاء المجنى عليه ، فكثيرا ما يحدث فى العمل ان تدس فى الاوراق محاضر صلح عرفية مصطنعة فى غيبة المجنى عليه أو لا تتعلق بالواقعة الجنائية موضوع القضية بعينها ، وأحيانا يكون مرجع الصلح اكراه مادي أو عرفي يستهدف المجنى عليه أو ورثته ، كما يقع

والنيابة حين ترجب بحفظ الدعوى الجنائية لعدم أهمية المحاكمة استجابة لاعتبارات أولى بالرعاية يجب أن يكون أهم هذه الاعتبارات ترضية المجنى عليهم والمضرورين من الجريمة ، فتعلق اصدار أمرها بالحفظ على تحقيق هذه الترضية ، ففى جريمة اصدار شيك بدون رصيد اهدى المتهم - وهو محام - لدى استجوابه استعدادا للوفاء بقيمة الشيك أو ايداعها خزانة المحكمة على ذمة المجنى عليه ولم تصدر النياية أمرها بالأوجه لاقامة الدعوى الجنائية الا بعد التحقق من تمام الوفاء ورضاء المجنى عليه ، بينما استبعدت النياية فكرة الأمر بالأوجه لاقامة الدعوى " لعدم الاهمية " - فى جنائية إحداث عاهة مستديمة بطفل فى العاشرة من عمره - لوت معلته ساعده الايمن الى الخلف ثم ركلته ودفعته ارضا فكرر الساعد ولحق به تيبس بفضل الكوع وتذرعت المتهمة بالصلح مع والد المجنى عليه وتحققت النياية من مضمون هذا الصلح قبل التصرف فأكره الأب

الوسائل لتقوية الاستدلالات أو لمعرفة الفاعل وبعد فوات وقت مناسب " ونصت المادة ٨٦٠ على أنه لا يجوز التقرير بعدم وجود وجه لاقامة الدعوى الجنائية " قبل استجلاء جميع وقائع الدعوى وتحقيق كل دليل ورد فيها " وأن الامر بعدم وجود وجه يعتبر بمثابة حكم قضائي فيجب أن يكون مكتوبا وصريحا ويجب على عضو النيابة ان يعنى بتسببيه وان يضمنه بيانا كافيا لوقائع الدعوى فى أسلوب واضح وأن يتناول الأدلة القائمة فيها ويرد عليها فى منطق سائق وان يتصدى للبحث القانونى بالقدر اللازم فى الدعوى (م ٨٦١ ، ٨٦٧) (٢٣)

١٤ - وعندما تتجه النياية العامة الى استعمال سياسة الملاءمة فتصدر أمرا بالأوجه لاقامة الدعوى الجنائية لاعتبارات الملائمة - أى : لعدم الاهمية " فيحسن بها ألا تصدر مثل هذا الامر الا بعد التحقق من ازالة اثار الجريمة وجبر اضرارها وثبوت الصفع من جانب ضحاياها عن الجاني ،

الخطر أخلفت به عاهتين وأفقدته منفعة كلية

١٧ - وكلما اجتهدت النيابة العامة في تحقيق الدعوى واتقان وصفها القانوني واحاطتها بأدلة الثبوت الكافية كلما حققت هدفها في الردع وتيسير حماية المضرورين ، وكلما أحسنت في تقدير الأدلة وانتهت الى التصرف الملائم للوقائع الثابتة وأسندت الاتهام الى الجاني وذلك في وقت مناسب وعناية كاملة كلما حققت عين الهدف .

١٨ - ويقدر عناية الدرجات الرئاسية في جهاز النيابة العامة بدراسة ما يقدم اليها من تظلمات ، بقدر ما تتكشف أخطاء في الوقت المناسب وتستدرك تصرفات كان من شأنها ان تضيع حقوقا للمجنى عليهم أو للدعوى العمومية على سواء . ويقدر ما يبدل من جهد في اعمال المراجعة والحرص الشهري للقضايا المحفوظة تنفيذا للنظام المعمول به في النيابة الكلية ، تعالج أخطاء في التصرف قد يكون

١٦ - وعندما تستقر النيابة العامة على قرار إحالة الدعوى الى المحكمة المختصة فيتعين أن يكون ذلك بناء على تحقيق واف لكافة الأدلة ووصف قانوني دقيق للواقعة لا يغفل شيئا من ظروفها المشددة المؤثرة على العقوبة - وتؤكد وجوب ذلك المادتان ٧٨٥ ، ٧٨٦ من تعليمات النيابة - ويجب أن تعنى النيابة العامة بابرار مدى الضرر في كل جريمة ، خصوصا جرائم الايذاء والاموال ، إن لم يكن ذلك لصالح المدعى المدني - وهو حقه - فليبان درجة جسامة السلوك الاجرامى فيها ومدى خطره تمهيدا لطلب عقوبة مغلفة رادعة ، فلا يستوى مثلا ايذاء بسيط ناشئ في مضاجرة او مضاجرة عابرة مع حادث ضرب قاص أفضى بطفل الى عاهة مستديمة أو الى موت ، أو مع ايذاء مدير أو عدوان مفرط أجمع عليه شقيقان امرهما وذبحا الى محل المجنى عليه وكل منهما يحمل سيفا وانها لا بالسيفين ضربا على ساعده الا يمن فأحدثا به جروحا متعددة بالغة

(مثلا) اكراه أو استغلال من صاحب عمل على أيتام أو ارملة عامل لديه توفى بغطأ من صاحب العمل في اثناء اعمال البناء أو من أثر الآلات نتيجة عدم مراعاة أساليب الامن الصناعي في منشأته . . . بل يحدث احيانا ان تقع الجريمة عمداً على صبي صغير (عاهة مستديمة) من قبل صاحب العمل فيكره هذا الاخير والد الصبي على الاقرار بالصلح والتنازل عن الشكوى أو تغيير شهادته لقاء الابقاء على تشغيل الصغير المجنى عليه وصرف أجسه . . . ومثل هذه الحالات تستوجب على النيابة العامة نقطة وفطة وتحريصا لحقيقة الصلح كمقد " رضائي " قبل ان تعمل أثره في الدعوى ان كان لإعماله محل . وأن تعنى بتحقيق وقائع تزوير محاضر أو اقترارات لصلح في دعاوى الجنائية عناية بالغة - لما تتضمنه هذه الوقائع من عدوان على حقوق المجنى عليهم وما تدل عليه من شهرة تضليل العدالة الجنائية بالايهام بالصلح واجتناء ثماره بغير حق .

لها أبلغ الضرر على حقوق
المضرورين بالجريمة إن لم تستدرك
في الوقت المناسب (٢٤) .

إن لاجتهاد النيابة العامة
ونشاطها في أداء أمانة
الدعوى العمومية أثر كبير في
تقريب العدالة الجنائية من
طالبها .

١٩ - وعندما تصدر النيابة
العامة أوامر جنائية أو تطلب
إلى قاضي المحكمة إصدارها
بتعين ألا تغفل استيفاء الأمر
للعقوبات التكميلية " والتضييقات ،
وما يجب رده " طلبا للمادة
٣٢٣ إجراءات ج. وما بعدها
وأن تتحرى في مراجعتها
للاوامر الجنائية الصادرة من
القاضي. رعاية حقوق المدعى
المدنى في التعويضات وما
يجب رده ، فتعلن عدم قبولها
للأمر الجنائي إذا خلا من ذلك .

٢٠ - وكلما عرضت أشياء
مضبوطة متحصلة من الجريمة ،
كان على النيابة أن تبادر دون
إبطاء إلى رد المضبوطات التي
وقعت عليها الجريمة أو
المتحصلة منها إلى من فقد
حيازتها بالجريمة ، عملا

بالمادتين ١٠٢ ، ١٠٣ إجراءات
كالأشياء المسروقة أو المختلسة
فضلا عن وجوب الأهتمام
بتشجيع العمل على إعادة الحال
إلى ما كانت عليه قبل وقوع
الجريمة - كالامر بالغاء أو
تصحيح المحرر المزور (٢٥) .

هذا وإن كان مصطلح
رد الحقوق كما يريد إعلان
الأمم المتحدة لحماية ضحايا
الجريمة ينصرف إلى المبالغ أو
الخدمات التي يقدمها الجنائي
سواء كان شخصا أو هيئة أو
أى كيان آخر ، أما إلى
الضحية المباشرة أو الضحايا
غير المباشرين مثل الأسرة أو
المجتمع المحلي (٢٦) .

ويحسن بالنيابة العامة أن
تعنى دائما برده مما وقعت عليه
الجريمة من أموال المجنى عليه ،
بإجراء عاجل يمثل إزالة لآثر
الجريمة وتخيبا لفاعليها وأن
تحرص على التحفظ على كل ما
يضبط في حوزة الجناة من
أشياء وأموال يرجع أن تكون
من ثمار الجريمة وذلك تحوطا
لحقوق ضحايا الجريمة على هذه
المضبوطات - وأن تطلب إلى

المحاكم مصادرة أدوات الجريمة
ووسائل ارتكابها ، شفاء لغليل
الضحايا ، وحتى يتيسر -
تشريعا - أيلولة حصيلة
المصادرة لجبر أضرارهم .

إدارة التحفظ على الأموال

٢١ - يقتضى المادة ٢٠٨
مكررا / أو ما بعدها من قانون
الإجراءات الجنائية يجوز للنائب
العام إذا قامت من التحقيق
دلائل كافية على جدية الاتهام
في الجرائم التي تقع على
الأموال العامة . أن يأمر
ضمانا لتنفيذ ما عسى أن
يقضى به من الغرامة أو رد
المبالغ أو قيمة الأشياء محل
الجريمة أو تعويض الجهة المجنى
عليها بمنع المتهم من التصرف
في أمواله أو إدارتها أو غير
ذلك من الإجراءات التحفظية
كما يجوز له أن يأمر بذلك
الإجراءات بالنسبة لأموال زوج
المتهم وأولاده القصر ضمنا لما
عسى أن يقضى به مما تقدم
(من الغرامة والرّد والتعويض)
ما لم يثبت أن هذه الأموال إنما
آلت إليهم من غير مال المتهم ،
ويجب على النائب العام عند

ويحكم على الجاني برد الأموال المستحقة على أصحابها " (٢٧) .

وفي هذا الدور الذي ناطه المشرع بالنيابة العامة في حماية حقوق ضحايا جرائم الأموال العامة وفي جرائم قانون تلقى الأموال لاستثمارها - وهو جمهور عريض - ما يحفز إلى اقتراح تشريعي بتوسعة دور واختصاص النيابة العامة - قضائيا - ليشتمل المطالبة بحقوق المجنى عليه فضلا عن حقوق المجتمع وذلك في سائر الجرائم .

بل يفضل أ . د . د . ومسيس بهنام فيما يوصى به أن يحكم القاضي الجنائي بتعويض المجنى عليه ولو لم يتقدم هذا الأخير إليه بطلب التعويض مثلما يحكم بالرد أو التعويض دون طلب لصالح الدولة حين تكون المجنى عليه المباشر في بعض الجنائيات مثل الاختلاس والاستيلاء (٢٨) .

مكتب تحقيقات قضائية - التعويضات :

٢٣ - أنشئ هذا المكتب بقرار النائب العام رقم ٢٢٩٥

الموظفين وإدارته تتابعة للنائب العام مباشرة .

التحفظ على أموال شركات تلقى الأموال :

٢٢ - وقد ازدادت أعباء هذه الإدارة زيادة باهظة بعد أن نص القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨ بشأن الشركات العاملة في تلقى الأموال لاستثمارها في مادته الخامسة والعشرين على أن تسرى أحكام المواد ٢٠٨ مكررا أ ، ٢٠٨ مكررا ب ، ٢٠٨ مكررا ج ، ٢٠٨ مكررا د (المشار إلى بعض أحكامها آنفا وهي الخاصة بالمنع من الإدارة والتحفظ على الأموال) من قانون الإجراءات الجنائية على الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ومن هذه الجرائم جنابة تلقى أموال على خلاف أحكام هذا القانون أو الامتناع عن رد المبالغ المستحقة .

لأصحابها كلها أو بعضها ، ويعاقب عليها بالسجن وغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تزيد على مئتي ألف جنيه .
أموال أو ما هو مستحق منها

الامر بالمنع من الإدارة ان يعين لإدارة الأموال وكيل يصدر ببيان قواعد اختياره وتحديد وأجباته قرار من وزير العدل . وللنيابة العامة وكذا المدعى بالحقوق المدنية أن تطلب إلى المحكمة عند الحكم برد المبالغ أو قيمة الأشياء محل الجرائم المشار إليها أو بتعويض الجهة المجنى عليها فيها .

- أن تأمر بتنفيذ الحكم في أموال زوج المتهم وأولاده القصر ما لم يثبت أنها آلت إليهم من غير مال المتهم (م ٢٠٨ مكررا ج) .

وقد صدر قرار وزير العدل رقم ٩٩٤ لسنة ١٩٧٦ في شأن قواعد اختيار الوكيل في الإدارة وتفيذ المادتين ٢٠٨ مكررا أ ، ٢٠٨ مكررا ب وهو يجعل للنيابة العامة دورا رئيسيا في جرد الأموال وتسليمها ورقابة الوكيل في استغلالها ويقوم على أعمال مكتب التحفظ على الأموال والمنع من الإدارة في الوقت الحالي محام عام يعاونه خمسة من رؤساء النيابة وخمسة من

التخويف والانتقام ، وتجنب التأخير الذي لا مبرر له في إنجاز التحقيق وتنفيذ الأوامر والاحكام المتعلقة بحقوقهم وتيسير الانصاف الفوري لأوضاعهم . . . وقد أشرنا فيما تقدم الى تطبيقات عملية للنياية العامة في مصر في هذا السبيل منها مكتب التعويضات وإدارة التحفظ على الاسرنال . . . والمأمول في اعطاء النياية موالاة بذل الجهد الصادق لرعاية ضعف المجنى عليهم وحقوق ضحايا الجريمة بوجه عام بالحرص على تحقق تمثيلهم في الدعوى اثناء التحقيق وأخطارهم بإجراءاتها ورد ما يستحق لهم من مضبوطات على وجه عاجل وتصحيح ما يقع في حقهم من أخطاء قضائية . . الخ وذلك كله تسليما بأن كفالة حقوق المجنى عليه وضحايا الجريمة هي جانب لا يتجزأ من العدالة الجنائية فضلا عن أثر هذه الكفالة في تحقيق رسالة النياية العامة وهدف الدعوى العمومية من منع الجريمة بإزالة أثارها ورد كيد فاعلها في نحره .

وليوجد ضحايا الجريمة في

حقوق ضحايا الجريمة ، بإعتيال أو محاولة غصب هذه الحقوق في ٥٩٣ قضية ، وهكذا يجعل بالنياية العامة أن تتصدى بمثل هذا القدر من العناية والاهتمام لكل محاولات الاعتداء على حقوق المجنى عليهم خاصة كلما كانت هذه المحاولات مدبرة وجماعية .

خاتمة

إن النياية العامة - بحكم وصفها هذا وبحكم وظيفتها واختصاصاتها في الدعوى العمومية وفي إدارة العدالة الجنائية - تستطيع أن تقدم عوناً قضائياً وإنسانياً كبيراً لضحايا الجريمة ، فكلما باشرت تحقيقاً بحسن بها أن تلتزم بما دعت اليه ميادئ إعلان الأمم المتحدة لحماية ضحايا الجريمة من تعريف الضحايا بحقوقهم ومعاملتهم برأفة واحترام لكرامتهم ، وتعريفهم بدورهم وينطساق الاجراءات وتوقيتها ومسورها والطريقة التي يبت بها في قضاياهم مع حماية خصوصياتهم وضمان سلامتهم وسلامة الشهود المتقدمين لصالحهم من

لسنة ١٩٨٧ مؤلفاً من ستة من رؤساء النياية العامة يعملون تحت إشراف نائب عام مساعد اعتباراً من ١٩٨٧/٧/٣٠ لتحقيق وقائع تزوير واستعمال أوراق قدمت في قضايا تعويضات عن حوادث جنائية وما يترفع عن هذه الوقائع أو يرتبط بها من وقائع أخرى وللتصرف فيها - وذلك بناء على ما ورد من إدارة المحاكم بوزارة العدل من تلقيها ٥٩٣ شكوى ضد خمسة عشر محامياً نسب اليهم فيها اصطناع أو تزوير إعلانات شرعية بالوراثة أو صور تحقیقات أو توكيلات منسوبة للشهر العقارى وتقديم هذه المحررات في قضايا التعويضات التي كانت مقامة أو أقيمت لحساب الشاكين - ضحايا جرائم أخرى (٢٩) .

٢٤ - أن اهتمام النياية العامة المكثف بهذا الموضوع على هذا النحو - في تقديري - ليس مرجعه الى أن الشكاوى موضوعها تزوير أوراق أميرية وأنها موجهة ضد محامين ، وأما مرده أن هذا الحادث يمثل عدواناً جماعياً منظماً على

فيتدخل كلما اقتضى الامر ذلك لتصحيح مسار الدعو حفظاً لحقوق جميع المحصور وتأميناً لوصول كل ذي حق لحقه . (٣٠) . ولعل بادرة مكتب تحقيق قضايا التعويضات التي سلف ذكرها تشجع على ذلك باناطة هذا الاختصاص بهذا المكتب .

والله الموفق الى اقوم سبيل

المجتمع الذي تحمل النيابة العامة أمانة ثقيله والحفاظ على معاني العدالة فيه .

ولى الحتام فقد يقتضى الامر - لضمان استمرار دور فعال للنسابة العامة فى حماية ضحايا الجريمة - تعيين نائب عام مساعد يفرغ بادرة مختصة - لمراقبة الاجراءات القانونية الخاصة بسير الدعاوى الجنائية ووضع المجنى عليهم فيها

دور النيابة العامة ملجأ وملاداً وليسعهم من وجوه اعضائها - وهم قضاة - بسط الوجه ورحابة الصدر وحسن الفهم لمحتتهم واسداء النصع اليهم . . وكل ذلك الدور لا يقتضى من رجال النيابة غير الايمان الدوب بأن رسالة النيابة العامة - تشمل فيما تشمل - الدفاع عن حقوق الضعفاء والمكروبين ومنهم ضحايا الجريمة - وهم أفراد من

هوامش حقوق المجنى عليه وأهمية حمايتها

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

- ١ - أ. د. رمسيس بهنام : علم النفس القضائى ، منشأة المعارف ١٩٧٩ ص ١٣٩ .
- ٢ - المادة الأولى من قانون الإجراءات الجنائية المصرى والمادة ٢١ من قانون السلطة القضائية فى مصر (رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢) . د. نجيب بكير دور النيابة العامة فى قانون المرافعات ، رسالة ١٩٧٣ ص ٥٠٥ ، ٥١٧ .
- ٣ - نقض جنائى ٩ يناير ١٩٦١ مجموعة السنة ١٢ ث ٧ ص ٥٨ ، د. محمد عبد القريب : المركز القضائى للنسابة العامة ، رسالة ، دار الفكر العربى ١٩٧٩ ، ص ٤٩٩ .
- ٤ - د. محمد سمير عبد الفتاح : النيابة العامة ورسالة ، منشأة المعارف ١٩٨٦ ص ٦٤ .
- ٥ - أ. د. سامون سلامة : الإجراءات الجنائية معلقاً عليها ، دار الفكر العربى ١٩٨٠ ص ٧٣٨ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

٦ - تقرير لجنة الصيخوخ مشار إليه في : أ. د. أحمد إبراهيم : قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه - دار المعارف ١٩٦٥ ، ص ١٢٨ .

٧ - أ. د. محمود محمود مصطفى : تقرير عن حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية ، في المؤثر الثاني للجمعية المصرية للقانون الجنائي بالإسكندرية - إبريل ١٩٨٨ ، ص ٢ .

٨ - رسالة الدكتور محمد عبد الغريب، المشار إليها ص ٨ هامش أ. ٦ ، بهنام . المرجع المشار إليه ص ٢١ .

٩ - أ. د. محمود فحيب حسي : شرح قانون الإجراءات الجنائية ١٩٨٨ - دار النهضة العربية ص ١٢١ ، ١٦٨ .

١٠ - أ. د. علي زكي العرابي ج ١ ص ١١٠ ، أ. د. فوزية عبد الستار : الإعدام المباشر ص ٢٦٢ مشار إليهما في المرجع السابق ص ١٩٩ هامش ٣ .

١١ - أ. د. حسن المرصاوي : الدعوى المدنية أمام المحاكم الجنائية - دار المعارف ١٩٦٤ ، ص ١٩ - ٢٢ وأشار إلى رأي جارد وبيوتلان وستيلاني أيضاً .

١٢ - نقض ٧ مايو ١٩٥٢ مجموعة السنة ٣ ق ٣١٢ في المراجع السابق ص ٢٢ .

١٣ - نقض ٢ فبراير ١٩٦٠ السنة ١١ ص ١٤٢ ، د. أحمد إبراهيم ص ١٢٨ .

١٤ - بوزا بوزا Traité théorique et pratique de droit pénal ص ٥٩٨ ونقض فرنسي ٢٨ يناير ١٩٥٤ بلقان ١٩٥٤ ق ٤١ ، أشار إليهما أ. د. المرصاوي في الدعوى المدنية ... ص ٢٢ .

١٥ - مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة - ميلانو - أغسطس - سبتمبر ١٩٨٥ تقرير الأمانة العامة بنيويورك ١٩٨٦ ص ٦٥ .

١٦ - كان يكون قد رفعها بخير ثمر ولا تبصر ، أو بسوء قصد ليعترض في هذه الحالة لعقوبة البلاغ الكاذب فضلاً عن التعويض : راجع الدكتور أدوار غالي الذهبي : اختصاص القضاء الجنائي بالفصل في الدعوى المدنية ، دار النهضة ١٩٨٣ ص ١٠٢ - ١٠٦ ، المرجع السابق أ. د. فحيب جسي ص ١٨٤ .

١٧ - أ. د. محمد محي الدين عوض : في تقرير للندوة الدولية لضحايا الجريمة باكاديمية الشرطة ١٩٨٩ ص ٢ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

١٨ - أ. د. المصفاوي ص ٤٧ ، ٩٠ ، وأشار إلى ما تقتضيه المادة ٩٦٩
مرافعات من أن تنوى النيابة العامة رعاية مصالح مدعى الأهلية والغائبين ، والمتحفظ
على أموالهم والأشراف على إدارتها .

١٩ - المرجع السابق ص ٤٦ وأشار إلى دي فلهر (في المقارن طبعة ١٩٤٧)
ص ٦٣١ .

٢٠ - التعليمات العامة للنيابات - الكتاب الأول ، التعليمات القضائية . القسم
الأول في المسائل الجنائية - ١٩٨٠ .

٢١ - نقض ٣ ديسمبر ١٩٦٢ مجموعة السنة ١٣ ص ٨١٥ .

٢٢ - طبعة التعليمات القضائية الصادرة في ١٩٨٠ المشار إليها .

٢٣ - الفقرة السابعة من الإعلان الدعوى ١٩٨٥ المشار إليه .

٢٤ - أنظر نظام الفحص اللاحق أ. د. محمود سمير « النيابة العامة » ص ٢٣٨ .

٢٥ - د. أدوار غالي . المرجع السابق ص ٧٤ - ٨٧ .

٢٦ - د. محمد عبد العزيز : حقوق الإنسان ومعايير الأمم المتحدة في العدالة
الجنائية - من المال ندوة سرقوسة - ديسمبر ١٩٨٨ ص ٩ ، وراجع الفقرات ٨-١١ من
الإعلان الدولي المشار إليه .

٢٧ - الجريدة الرسمية ١٩٨٨/٦/٩ العدد ٢٣ تابع « ب » .

٢٨ - تقرير عن مشكلة تعريض المجنى عليه مقدم إلى ندوة ضحايا الجريمة بأكاديبية
الشرطة ١٩٨٩ ص ٤ .

٢٩ - تراجع مذكرة السيد النائب العام المساعد لشئون المكتب الفني للنائب
العام - مؤرخة ١٩٨٧/٧/٢٨ .

٣٠ - قرئ من هذا الإمتزاج الأستاذ الدكتور مصطفى العوي في بحثه
(الصفحة ذلك المنفى) ص ٣٣ « من أعبال ندوة حقوق الإنسان في سيراكوزا -
يونيو ١٩٨٨ » .

أبعاد جديدة لنظام شبه الحرية

للمسيد الدكتور
محمد أبو الفتح الغنام

مقدمة :-

نظام شبه الحرية - Semili-berta هو أحد بدائل العقوبة السالبة للحرية ، ولقد شهد هذا النظام - وبصفة خاصة في التشريع الايطالي - تطورات جوهرية أضفت عليه أبعاداً جديدة وأسندت اليه دوراً ووظيفة أكثر فاعلية وأبعد مدى ، وهو ما غير كثيراً من المفهوم والشكل التقليدي لهذا النظام .

فنظام شبه الحرية - في ظل المفهوم الجديد - أصبح موجهاً للتطبيق على جميع أنواع العقوبات السالبة للحرية - أياً كانت مدتها - بل وعلى عقوبة السجن مدى الحياة نفسها ، كذلك فقد أصبح النظام قابلاً للسريان على جميع أنواع الجرائم ، وهذا بعد أن تم تجاوز ذلك المفهوم الذي كان يحظر استفادة مرتكبي بعض الجرائم

الخطيرة من النظام .

وفي تحليلنا لنظام شبه الحرية فإنا سوف نتناوله - بصفة خاصة - من خلال وضع وأحكام هذا النظام في التشريع الايطالي ، إلا أن ملامح النظام كما رسمها التشريع الايطالي لن تشكل موضوع التحليل بقدر ما ستكون أداة له ، بمعنى أننا لن نقف عند شرح أو إيضاح معالم نظام شبه الحرية في التشريع الايطالي ولكننا - وبالإحدى - سوف نعمل على بيان الملامح والأبعاد الجديدة التي اتخذها النظام مستهدين في ذلك بالتطورات التي شهدتها في ظل التشريع الايطالي ، وستتناول هذا الموضوع في مباحث أربعة على النحو التالي :-

المبحث الأول : تعريف نظام شبه الحرية .

المبحث الثاني : نظام شبه

الحرية والعقوبات السالبة للحرية
طويله المدة .

المبحث الثالث : نظام شبه
الحرية والعقوبات السالبة للحرية
قصيرة المدة .

المبحث الرابع : نظام شبه
الحرية والعقوبات السالبة للحرية
متوسطة المدة .

المبحث الأول : تعريف نظام
شبه الحرية :-

نظام " شبه الحرية " - Semili-berta هو أحد بدائل العقوبة السالبة للحرية ، ويشتمل في تحديد جزئي للحرية في إحدى المؤسسات العقابية مع تعاقب فترات الحرمان من الحرية وفترات الحرية خلال اليوم الواحد ، حيث يسمح للمحكوم عليه - المستفيد من النظام - بالخروج من المؤسسة العقابية

لم تعد فى ظلها العقوبة السالبة للحرية تشكل الاداة الجنائية الوحيدة لمكافحة الجريمة ، وأصبح - من جانب آخر - بفضلها التنفيذ العقابى أكثر مرونة بما يسمح باختلاف المعاملة العقابية بحسب اختلاف الحاجات والظروف الفردية للمحكوم عليه حتى ولو اقتضى الامر اللجوء الى أدوات تتيج اشكالاً متعددة من أنفتاح مجتمع السجن .

المبحث الثانى : نظام شبه الحرية والعقوبات السالبة للحرية طويلة المدة :-

(الغاء الحظر المفروض على أستفادة مرتكبى بعض الجرائم الخطيرة والمحكوم عليهم بعقوبة السجن مدى الحياة النظام - دور النظام كاداة للمعاملة العقابية (التدريجية) :-

(١) نظام شبه الحرية كنظام قابل للتطبيق على جميع أنواع الجرائم :-

نظام شبه الحرية فى صورته الجديدة كنظام قابل للتطبيق

المستفيدين من النظام فى وحدات سكنية باية بنائه مخصصة للسكن العادى ، وأن يعهد بالرقابة على التزامهم بالمواعيد المحددة للعودة الى السكن وعلى أثناء تواجدهم به الى أحد موظفى الادارة العقابية . كذلك يخصص للمستفيدين من النظام باتداء ملاسهم العادية ، ويلتزم المحكوم عليه المستفيد من النظام باحترام المواعيد المحددة للعودة الى المؤسسة العقابية ، وبأن يكون سلوكه متفقاً ومتماشياً مع الهدف من النظام الذى يتمثل فى إعادة أدمجة فى المجتمع . وأعمالاً لهذا المفهوم يقرر التشريع الايطالى الغاء المحكوم عليه من نظام شبه الحرية اذ اتى سلوكاً يدل على أنه غير أهل لتلك المعاملة العقابية أو اذا تأخر - دون عذر مقبول - عن ميعاد عودته (٢)

وأخيراً نود أن نشير الى أن نظام شبه الحرية - يساهم فى تحقيق " استراتيجية التفريد " (٣) وهى استراتيجية - من جانب -

والعودة اليها يومياً وذلك لتمكينه من العمل أو الدراسة أو مباشرة أى نشاط آخر يساهم أيجابياً فى تحقيق هدف إعادة أدمجه فى المجتمع (١) .

ويقتضى حسن أعمال نظام شبه الحرية عدم اختلاط المحكوم عليهم المستفيدين من النظام - والذين يحتاج لهم بالتالى الخروج والعودة من وإلى المؤسسة العقابية يومياً - بالمحكوم عليهم الآخرين غير المستفيدين من النظام ، لذلك تفرص التشريعات العقابية - التى تأخذ بنظام شبه الحرية - على أن تنص صراحة على أيسداع المحكوم عليهم المستفيدين من النظام فى مؤسسات عقابية وأقسام خاصة ، بل يذهب التشريع الايطالى الى أن الاقسام المخصصة لاقامة المستفيدين من النظام يمكن أن تكون فى الابنية المخصصة للسكن العادى وعليه فليس هناك ما يحول دون أن تقيم مجموعات محدودة من

الردع العام بالنسبة لأنواع معينة من الجرائم ، فإنها تعمل على مستوى التهديد بالعقوبة محددة بذلك أختيار المشرع ومقدار العقوبة .

وبالنسبة للمستوى الثاني -

وفيما يتعلق بمقتضيات تماسك وتناسق نظام التجريم ككل - فإنها تعمل على مستوى التفريد التشريعي لحدود وشروط تطبيق وأعمال نظم الردع الخاص وأصلاح الجاني المختلفة والتي تؤدي دورها أثناء مرحلة التنفيذ العقابي . إلا أنه متى تم تحديد وتنظيم حدود وشروط أعمال كل نظام من نظم الردع الخاص وأصلاح الجناة - وهو التحديد والتنظيم الذي يجب بطبيعة الحال أن يتم على نحو مستقبل ودون أن يتغير مضمونة باختلاف نوع الجريمة - فأنه لن يكون هناك مجال في مرحلة التنفيذ العقابي لاعتبارات الردع العام بصدد نوع معين من الجرائم ، لأن تنظيم وأعمال المخطوط العامة لنظم الردع الخاص والتأهيل

ولكن لا نقبل - وجهة النظر التي ترى في حظر تطبيق نظام شبه الحرية بصدد مجموعة من الجرائم الخطيرة نوعا من أنواع التوفيق وتحقيق التوازن بين اعتبارات الردع العام ودواعي إعادة التأهيل الاجتماعي للمذنب - وفي هذا الخصوص لا نستطيع أن ننكر أن المشرع يملك سلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بتحديد الجزاء المناسب لكل نوع من أنواع الجرائم وذلك على أساس تقديره لمقتضيات وحاجات الردع وللتناسب بين القيمة التي اخلت بها الجريمة وبين رد النظام القانوني عليها - إلا أنه وفي ظل التوفيق وتحقيق التوازن بين اعتبارات ودواعي الردع العام من جانب ومقتضيات الردع الخاص وأصلاح الجاني من جانب آخر ، فإننا نود أن نشير الى أن اعتبارات الردع العام إنما تعمل أساسا على مستويين :

المستوى الأول - وفيما

يتعلق بحاجات ومقتضيات

على جميع أنواع الجرائم وعلى كل العقوبات السالبة للحرية هو نظام حديث جدا ، حيث لم يعرفه التشريع الايطالي الا عام ١٩٨٦ . فقبل التعديل التشريعي الذي أدخله المشرع الايطالي على قانون السجون بالقانون رقم ٦٦٣ لسنة ٨٦ كان المشروع يحظر تطبيق نظام شبه الحرية على المحكوم عليهم في بعض الجنایات الخطيرة - مثل احتجاز شخص بقصد الابتزاز والسرقة بالاكراه وتكوين أو الاشتراك في جمعيات المافيا وغيرها - ، ونظرا لان مرتكبي مثل تلك الجنایات الخطيرة يحكم عليهم عادة بعقوبات سالبة للحرية طويلة المدة ، فان الحظر الذي كان مفروضا في هذا الخصوص كان يضييق بصورة ملحوظة من مجال تطبيق نظام شبه الحرية بالنسبة للعقوبات السالبة للحرية طويلة المدة . ومن وجهة نظرنا فان تحديد مجموعة معينة من الجرائم وحظر تطبيق نظام شبه الحرية بصدها هو أمر لها يخلو من النقص ، فإذا كنا نتفهم -

الاجتماعى للجانى فى مرحلة التنفيذ العقابى يجب الاتسم بالحساسية تجاه حاجات ومقتضيات الردع العام . خلاصة القول : يبدو من غير المنطقى - بالطبع بخلاف الحدود والشروط المقررة بصفة عامة - القول باختلاف تنظيم أدوات ونظم التنفيذ العقابى بالنسبة لكل نوع من أنواع الجرائم ، لان المجال الطبيعى لمثل هذا الاختلاف ولمثل هذه الملائمة بين الإنتهاك القانونى والجزاء المترتب عليه ألما يجب أن يكون فى مرحلة التهديد بالعقوبة المحددة بالقانون ، وعلية فانه يمكننا القول بأن أنظمة الردع الخاص وأصلاح الجانى التى تعمل فى مرحلة التنفيذ العقابى ألما تمثل استجابة وأنكاسا طبيعيا لنظام وتنظيم عام يتم تحديده على أساس ما تحتاجه تلك النظم حتى تتمكن من أداء وظيفتها ودون أخلال فى نفس الوقت بتماسك وأنسجام نظام التجريم فى مجموعة .

إذا طبقنا المفهوم السابق

على نظام شبه الحرية - وبصفة خاصة بصدد العقوبات السالبة للحرية طويلة المدة - فان فرض قيود موضوعية على النظام متمثلة فى حظر أعماله بصدد جرائم معينة - وهو ما يعنى عدم سريانة على جانب كبير من المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية طويلة المدة - ألما يتسم بعدم المنطقية ، لانه عندما يتعلق الامر بنظم عقابية تستهدف أصلاح الجانى وإعادة تأهيله اجتماعيا ، وموجهة لان تطبيق وتؤدى دورها بعد مدة طويلة من النطق بحكم الإدانة^(١) ، يقتصر دورها على مجرد تخفيف حالة الحرمان الكامل من الحرية ، فان علاقة تلك النظم - فى اللحظة التى يتم فيها تطبيقها - بالجريمة المرتكبة تبدو عادة ضعيفة جدا سواء على الصعيد النفسى لمركب الجريمة أو على صعيد الشعور العام للجماعة ازاء الرد الجنائى المقرر فى مواجهة نوع معين من أنواع الجرائم .

لذلك فان القلق أو التخوف

من أن يلحق تطبيق نظم مثل نظام شبه الحرية أضرارا بدواعى ومقتضيات الردع العام ، والذى كان البعض يرى مواجهته من خلال فرص قيود موضوعية على تطبيق النظام تتمثل فى حظر أعماله بصدد لبعض الجرائم الخطيرة ، إما هو تخوف وقلق ليس له ما يبرره .

وموقفنا القائم على رفض حظر أعمال نظام شبه الحرية بصدد جرائم معينة كان يمكن أن يكون مختلفا لو كان تقرير مثل هذا الحظر يرتبط بخطورة الجانى المستمدة منطقيا من نوعية الجريمة ، لأنه فى تلك الحالة سيكون الحظر المفروض - على الأقل من الناحية النظرية - متفقا مع وظيفة ودور النظام العقابى الإصلاحي الهادف إلى إعادة التأهيل الاجتماعى ، باعتبار أنه من الضرورى أن تكون التدابير التى تمنح بمقتضاها الحرية أو شبه الحرية مؤسسة فى شق منها على عدم خطورة الجانى .

ولكن الأمر غير ذلك تماما ،

فخطر منح نظام شبه الحرية بصدد جرائم معينة وتبرير ذلك بإرجاعه إلى ما يحكمه ارتكاب مثل تلك الجرائم من خطورة مرتكبها هو قول مردود بإنه :

أ - لا يمكن أن يتضمن نوع الجريمة في حد ذاته قرينة مطلقة على عدم قابلية مرتكبها بأى صورة للإصلاح حتى ولو إتسمت الجريمة بقدر كبير من الجسامه . (٥)

ب - إن تحديد مجموعة معينة من الجرائم وإفترض أنها تدل على أن مرتكبها يتميز بخطورة إجرامية مميزة لابد وأن يتسم بالتعسف وعدم الدقة ، بالنظر إلى أنه لا يمكن إيجاد معيار دقيق لاختيار وتحديد كل الجرائم التي تدل على الخطورة الإجرامية لمرتكبها وعليه فلا بد وأن تختلف بعض الجرائم ، وهو ما يؤدي في النهاية إلى إيجاد نوع من عدم المساواة في المعاملة بين مرتكبي الجرائم الخطيرة وبعضهم البعض .

٢ - نظام شبه الحرية

وعقوبة السجن مدى الحياة :

أصبح نظام شبه الحرية قابلاً للتطبيق أيضاً على المحكوم عليهم بعقوبة السجن مدى الحياة وذلك بشرط أن يقضوا بالسجن فترة معينة - حددها المشرع الإيطالي بعشرين سنة على الأقل .

والواقع أن مد نظام شبه الحرية ليشمل أيضاً المحكوم عليهم بعقوبة السجن مدى الحياة هو تطوير يستحق أن نتوقف عنده قليلاً وذلك لأنه في ضوء الطبيعة الخاصة والجسامه الشديدة التي تتسم بها تلك العقوبة والشروط والأعتبارات التي تراعى عند توقيعها فإنه يصعب من الصعب أن نتصور إمكانية أن نتصور إحداث انفتاح في تلك العقوبة لتستوعب إعتبارات الإصلاح والتأهيل الإجتماعي للمحكوم عليه دون أن ينطوى ذلك في نفس الوقت على أحداث نوع من التحول أو التغيير في معالم وطبيعة العقوبة المؤبدة .

وهنا يجب أن نبادر إلى

القول بأن هذا التحول والتغيير في طبيعة العقوبة المؤبدة قد عرفه التشريع الإيطالي - كما عرفته أيضاً بعض التشريعات الأخرى - قبل أذخال نظام شبه الحرية في التشريع الإيطالي عام ١٩٧٥ وقبل أن يمتد سريانه إلى المحكوم عليهم بعقوبة السجن مدى الحياة عام ١٩٨٦ ، إذا حدث التحول المشار إليه من عام ١٩٦٢ عندما قرر المشرع الإيطالي إمكانية إستفادة المحكوم عليهم بعقوبة السجن مدى الحياة من نظام « الأفرج الشرطي » Libe- " razione condizionale "

وهكذا فإن مد نظام شبه الحرية ليصبح قابلاً للتطبيق أيضاً على المحكوم عليهم بعقوبة السجن مدى الحياة إنما يمثل تأكيداً وتعميقاً للتحول والتغيير الذي حدث في طبيعة العقوبة المؤبدة ، تحول في اتجاه إلغاء العقوبة المؤبدة بإعتبارها عقوبة لم تعد تتلاءم مع الفكر القانوني الحديث ولا مع طبيعة ونظام المجتمعات المتحضرة .

وهو التجول الذى تنبأ به منذ حوالى ستون عاماً الفقيه الإيطالى Rossi عندما قرر " أنه فى اليوم الذى تبدو فيه عقوبة السجن مدى الحياة فى نظر الكثيرين عقوبة بالغة الجسامه ، فإن تلك العقوبة سوف تختفى من التشريعات المتحضرة ، كما سوف تختفى بعد قليل من الزمان - وبكل تأكيد - عقوبة الإعدام " .^(٦)

٣ - نظام شبه الحرية كإداة للمعاملة العقابية التدريجية :

يعتبر نظام " شبه الحرية " أجد الأدوات التى تساهم فى الأعداد والتمهيد لحصول المحكوم عليه بعقوبة سالية للحرية طويلة المدة على حريته ، حيث يبدو النظام موجها لأحداث أفتتاح جزئى فى حالة الحرمان الكامل من الحرية ، أو بعبارة أخرى يبدو موجها لأحداث شق فى جدار السجن يهد للأنتقال من حالة الحرمان الكامل من الحرية إلى حالة الحرية الكاملة ، وهو فى

هذا يبدو كشكل خاص من أشكال تنفيذ العقوبة السالية للحرية^(٧) .

" Modalità di esecuzione della detenzione "

أو كبديل جزئى للحرمان الكامل من الحرية^(٨) - Parziale Sostituzione della detenzione

ورغم أهمية هذا الدور الذى يؤديه نظام شبه الحرية الا أن الوظيفة الاساسية للنظام بصد العقوبات السالية للحرية طويلة المدة تتمثل فى دوره كإداة للمعاملة العقابية التدريجية^(٩) ، وذلك من خلال حفزه وتشجيعه المحكوم عليهم على تحقيق تقدم فى برنامج المعاملة وعلى المشاركة فى الأنشطة التى تستهدف أصلاحهم وإعادة ادماجهم فى المجتمع .

فالنظام يساهم فى تحقيق أغراض الردع الخاص وأصلاح المحكوم عليهم ، ويعتبر عنصراً فعالاً من عناصر المعاملة العقابية . ذلك أن النظام فى حد ذاته - أى مجرد تقريره والنص عليه - يحفز نزلاء

المؤسسات العقابية على التعاون والمشاركة فى أوجه النشاط التى تستهدف أصلاحهم وإعادة ادماجهم فى المجتمع^(١٠) . وإذا كان مجرد تقرير النظام يخدم أغراض الردع الخاص وأصلاح المحكوم عليهم ، فإن ما يتضمنه النظام من أمكانية الغائة وأيقاف استفادة المحكوم عليه به أنما يستخدم أيضاً نفس الأغراض وذلك من خلال دفعه المستفيد من النظام على عدم التراجع عما حققه من تقدم فى برامج المعاملة .

ولقد أحسن المشرع الايطالى فهم دور نظام شبه الحرية - المقرر للعقوبات طويلة المدة - كإداة فى أدوات المعاملة العقابية التدريجية حيث علق الاستفادة من النظام على التقدم الذى يحرزه المحكوم عليه فى برنامج المعاملة العقابية التدريجية^(١١) ، وعندما تتوافر الظروف التى تسمح بإعادة ادماجه فى المجتمع " ، وعليه فإن منح نظام " شبه الحرية " - بالنسبة للعقوبات السالية للحرية

ولكنة - بالاحرى - أداة للتخفيف من الآثار غير الاجتماعية للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة .^(١١)

ويتربى على هذا المفهوم نتيجتين :-

النتيجة الاولى : أنه لا يجب تعليق إمكانية الاستفادة من هذا النوع من أنواع " شبه الحرية " على تحقيق تقدم فى برنامج المعاملة العقابية ، ذلك أن الحديث عن تحقيق تقدم فى برنامج المعاملة العقابية يبدو عديم الجدوى وغير عملى عندما يتعلق الأمر بعقوبة قصيرة المدة .

لذلك كان التشريع الايطالى منطبقا عندما لم يشترط - لامكانية الاستفادة من نظام شبه الحرية المقرر للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة - أن يحرز المستفيد من النظام تقدما فى برنامج المعاملة العقابية ، وأكتفى بأن يعبر المحكوم عليه عن ارادته فى الاندماج فى الحياة الاجتماعية "Volontà di reinserimento

Nita Sociale

من النظام هو ذلك " التقدم " الذى يجمعه مع الشروط والظروف التى سوف يجد المستفيد من النظام نفسه فيها ، فأنهما معا يرجحان أن يكون لمنح المحكوم عليه ميزة شبه الحرية أثر وفائدة فى استعادته اجتماعياً .

فالمرجع الايطالى يتطلب - لمنح نظام شبه الحرية - التحقق والتأكد من توافر الظروف التى يصبح فى ظلها من المرجح - واقميا - تحقق النتيجة المرجوة من النظام الا وهى إعادة ادماج المذنب فى المجتمع .

المبحث الثالث : نظام شبه الحرية المقررة للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة ودورة كادافى للتخفيف من الآثار غير الاجتماعية للعقوبة السالبة للحرية :

لا يعتبر نظام شبه الحرية الذى يمكن أن يستفيد منه المحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية قصيرة المدة - لا تتجاوز ستة أشهر - أداة من أدوات المعاملة العقابية التدريجية

طويلة المدة - ألما يقرر على ضو السلوك الفعلى للمحكوم عليه أثناء التنفيذ .

ويلاحظ - فى هذا الخصوص - أن المشرع الايطالى يقرن تحقيق تقدم فى برنامج المعاملة العقابية بتوافر الظروف والشروط الموضوعية التى تسمح بإعادة ادماج المحكوم عليه تدريجيا فى المجتمع ، لذلك يندو لنا أن المشرع ألما يتطلب توافر " علاقه تناسب " بين " التقدم المحقق " الشروط المطلوبة " ، بمعنى أن معيار تقدير مدى كفاية " التقدم المحقق فى برنامج المعاملة العقابية " لاستفادة صاحبه من نظام شبه الحرية ألما يتحدد من خلال مدى أنسجام وأتفاق ذلك " التقدم " م " شروط وظروف إعادة ادماج المحكوم عليه فى المجتمع " وبعبارة أخرى فليس كل تقدم يتم تحقيقه فى برنامج المعاملة العقابية يتيح لصاحبه الاستفادة من نظام شبه الحرية ، ولكن " التقدم " الذى يتيح لصاحبه الاستفادة

المبحث الرابع : نظام شبه الحرية للعقوبات السالبة للحرية متوسط المدة ووظيفة جديدة للنظام :-

فضلا عن نظام شبه الحرية للعقوبات السالبة للحرية الطويلة المدة والذي يعمل أساسا كأداة من أدوات المعاملة التدريجية ، ونظام شبه الحرية للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة والذي يهدف الى التخفيف من الآثار السلبية للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة ، عرف نظام شبه الحرية نوعا ثالثا جديدا - يرجع الفضل في تقريره الى المشرع الايطالي - هو نظام شبه الحرية للعقوبات السالبة للحرية متوسط المدة والذي يعمل في ارتباط وتناسق مع بديل آخر مان بدائل العقوبة السالبة للحرية هو نظام الاختيار القضائي (١١٣) .

أدخل المشرع الايطالي هذا النوع الجديد ليطبق على العقوبات السالبة للحرية التي لا تزيد مدتها عن ثلاث سنوات ويربط بينه وبين نظام الاختيار القضائي ، ولا يشترط للاستفادة

عقوبة بديلة حقيقية محل كلفة محل العقوبة السالبة للحرية الاصلية التي تختفى وتنتاشى تماما حيث لا ينفذ المحكوم عليه بها أى قدر ولو ضئيل منها .

يعطينا ذلك مؤشرات بأنه على المدى الطويل ربما يحدث نوع من الانفتاح أو الانفراج في العقوبات ، بحيث نجد الجزاءات التي تخلو تماما من أى محتوى سالب للحرية - كالعقوبات المالية - ، والجزاءات التي تتضمن حرمان جزئى من الحرية ، مجال تطبيق أوسع ، بحيث توجه الاولى الى أن محل محل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة ، وأن تصبح الثانية الشكل الطبيعي لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية . ولعل بدائل العقوبة السالبة للحرية - في علاقتها بالعقوبات السالبة للحرية - تمر بمرحلة تاريخية مشابهة لتلك التي مرت بها الاخيرة في علاقتها بعقوبة الاعدام ، التي كانت العقوبات السالبة للحرية تبدو - فى حقبة تاريخية سابقة - كمعقوبة بديلة لها

النتيجة الثانية : أنه من الممكن - بل ومن الافضل - أن تبدأ استفاضة المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة - من نظام شبه الحرية قبل بدء تنفيذ العقوبة (١١٢) ، ذلك أنه من غير المنطقي القول بان اعمال اداة موجهة أساسا الى أن محل محل العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة لا يمكن أن تطبق - الا بعد قضاء المحكوم عليه جزء من مدة العقوبة .

ولقد أجاز بالفعل المشرع الايطالي الا ستفاضة من نظام شبه الحرية للمحكوم عليهم بعقوبات سالبة للحرية قصيرة المدة - لا تتجاوز مدتها ستة أشهر - مع بدء تنفيذهم للعقوبة ودون أشترط أن يمضوا أية مدة منها .

ختامها نود أن نشير الى أن هذا الانفتاح أو الانفراج الذي طرأ على نظام شبه الحرية والذي أتاح امكانية تطبيق النظام حتى قبل أن يتذوق المحكوم عليه طعم العقوبة ، إنما ينتهى بالنظام لان يصبح

من هذا النوع من أنواع شبه الحرية أن يمضى المحكوم عليه نصف مدة العقوبة - كما هو الحال بالنسبة للعقوبات السالبة للحرية طويلة المدة - بل يكتفى بأن تعطى نتائج فحص الشخصية^(١٤) الذى يتم خلال الأشهر الأولى من بدء تنفيذ العقوبة - ورغم أن تلك النتائج لا تصل الى الدرجة التى تبيح أن يستفيد المحكوم عليه من الميزة الأكبر وهى نظام الاختيار القضائى - مؤشرا ايجابيا على إمكانية إعادة أدماج المحكوم عليه تدريجيا فى المجتمع ، ويستفاد من ذلك أن نظام شبه الحرية للعقوبات السالبة للحرية متوسطه المدة موجهة للمحكوم عليهم القابلين للإصلاح والذين توجد فرصة طيبة لإعادة أدماجهم فى المجتمع ، أى أن النظام موجه لاشخاص على قدر بسيط من الخطورة الاجرامية .

فى محاولتنا تحديد وظيفة هذا النوع الجديد من نظام شبه الحرية يجب أن تكون نقطة الانطلاق الإعتبارين التاليين :-

الاعتبار الأول : ان نظام شبه الحرية المقرر للعقوبات السالبة للحرية متوسطة المدة يبدو أقرب من الناحية الوظيفية - لنظام شبه الحرية المقرر للعقوبات قصيرة المدة منه لنظام شبه الحرية المقرر للعقوبات السالبة للحرية طويلة المدة ، حيث يبدو النظام بعيداً عن أن يودى دوراً أساسياً كأداة من أدوات المعاملة العقابية التدريجية .

الإعتبار الثانى : لا يجب أن نغفل - ونحن بصدد تحديد وظيفة هذا النوع الجديد من أنواع شبه الحرية - عن الارتباط الوثيق بينة وبين نظام الإختبار القضائى ، حيث لا يطبق النظام الأول إلا عند عدم توافر الشروط اللازمة لأعمال النظام الثانى الذى يقر مزايا أكبر .

فى ضوء ما سبق بيانه يتضح أن نظام شبه الحرية للعقوبات السالبة للحرية متوسطه المدة ، ورغم أنه يبدو - من الناحية الوظيفية - أقرب لنظام شبه الحرية المقرر

للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة ، إلا أنه لا يمكن أنق يؤدى نفس دور الاخير كمجرد مخفف للآثار السلبية للعقوبات السالبة للحرية ، ذلك أن الاتجاه - السائد حالياً - فى مختلف التشريعات - فيما يتعلق بتقرير تدابير محل كلفة محل العقوبات السالبة للحرية إنما يقتصر على العقوبات قصيرة المدة ، ولا يمكن بأية حال اعتبار عقوبة سالية للحرية يمكن أن تصل مدتها الى ثلاث سنوات عقوبة قصيرة المدة ، وعليه فأن إلغاء الحرمان الكامل من الحرية بصدد عقوبات يمثل تلك المدة لا يمكن أن يجد تبريرا الا فى ظل المبدأ الاساسى وهو " الإصلاح والتهديب " ^(١٥)

لذلك فنطاق بحثنا لتحديد وظيفة نظام شبه الحرية للعقوبات متوسطه المدة لابد وأن يكون فى إطار وظيفة وهدف الإصلاح والتهديب وهدف اغفال - كما سبق أن أوضحنا - علاقة ذلك النظام بنظام الاختبار القضائى .

بعبارة أخرى النظام الجديد يبدو موجها لاشخاص. يتحقق في مواجهتهم الهدف النهائي - والمتشغل في استعادتهم اجتماعيا - من خلال تغليب دور التخويف الخاص الذي يكتله عنصر الايلام على وظيفة التذيب بالمعنى . الذي يعرفه علم التربية .

خاتمة:

التشريع المصري ونظام شبه الحرية :

لا يعرف التشريع المصري نظام " شبه الحرية " . وهو الامر الذي لا يخلو من النقد . فبعد أن ثبت بما لا يدع مجالا للشك فشل السجن في أدراك أهدافه المعلنة والمتخيلة في اصلاح الجناة وتهذيبهم واعادة أدماجهم في المجتمع - وهو ما يشهد عليه العدد الضخم من الجناة الذين عادوا الى ارتكاب الجريمة بعد الافراج عنهم - وبعد أن وضع جليا عجز العقوبات السالبة للحرية وما ترتبه من آثار سلبية ضارة . أتجهت كثير من التشريعات في عديد من

القضايا الذي يبدو بوضوح أنه يمثل ميزة أكبر ، كذلك فإن نظام الاختيار القضائي يحتوى على عناصر متصلة باعادة التأهيل الاجتماعى أكثر تحديدا ووضوحا من تلك التي ينطوى عليها نظام شبه الحرية وذلك رغم أن الشروط الشخصية المتطلبية لاعماله أكثر أنجابية عن تلك المتطلبية لاعمال نظام شبه الحرية . كذلك يوجد أيضا اختلاف أساسى بين محتوى وجوهر النظامين إذ يتضمن نظام شبه الحرية حرمان جزئى من الحرية يوميا وهو جانب يتعلق بالايلام أكثر من اتصاله بالجانب التهذيبى ، وهو ما يخلو منه نظام الاختيار القضائي الذى يغلب على مكوناته الطابع التهذيبى .

لكل ما سبق نخلص الى أن نظام شبه الحرية للعقوبات السالبة للحرية متوسطة المدة هو نظام موجه لاشخاص يتميزون بخطورة اجرامية محدودة ويبدو وأكثر ملائمة فى مواجهتهم اللجوء الى تدابير يغلب فيها الشق المتضمن للايلام على الشق التهذيبى بالمعنى الضيق

وهنا يثور التساؤل عما اذا كان من الممكن لنظام شبه الحرية للعقوبات السالبة للحرية متوسطة المدة أن يؤدي - مع الاخذ فى الاعتبار بشروط تطبيقه ومضمونه وظيفته الاصلاح والتهذيب فى خط مواز أو بديل لذلك الخاص بنظام الاختيار القضائي ؟

- فيما يتعلق بشروط تطبيق النظام فهى بلا شك أقل ايجابية عن تلك الشروط المتطلبية لاعمال نظام الاختيار القضائي من حيث دلالتها على امكانية وفرصة التهذيب واعادة أدماج المحكوم عليه فى المجتمع ، وهو ما يستفاد بوضوح من النص التشريعى الايطالى الذى يقرر أعمال نظام شبه الحرية المقرر للعقوبات السالبة للحرية متوسطة المدة اذا لم تصل نتائج فحص الشخصية الى الدرجة المتطلبية لفتح نظام الاختيار القضائي .

- فيما يتعلق بمضمون النظام ، مما لا شك فيه أن المزايا التى يوفرها أقل من تلك التى يوفرها نظام الاختيار

أسوار السجن .

كذلك فإن المشرع المصرى يحصره بدائل العقوبة فى نطاق ضيق - حيث يقتصر على عدد محدود جدا من البدائل التقليدية - . أما يضيق بشكل ملحوظ من عملية التفريد العقابى ولا يتيح الفرصة لاعمال البديل أو الاجراء الأكثر تناسبا مع مدى خطورة ومعالم شخصية كل مذنب .

وفضلاً عن كل ما سبق وفى ضوء اعتبار ان بدائل العقوبة وغيرها من التدابير إنما تهدف الى تغيير الصورة التقليدية للعقوبة السالبة للحرية بحيث تأخذ صورة جديدة أكثر انسانية وأكثر ملائمة لتحقيق هدف اصلاح وتأهيل الجناة ، وفى ضوء توقيع إن تحمل - على المدى الطويل - بدائل العقوبة محل العقوبة السالبة للحرية وبحيث تصبح تلك البدائل هى الصورة الطبيعية للتنفيذ العقابى ، فإن من غير المناسب والا المقبول أن يبقى المشرع المصرى غائبا أو بعيداً عن تلك المحاولات الرامية الى تغيير شكل وطبيعة العقوبة السالبة للحرية .

ذات الظروف الاقتصادية - يتعذر توفير الادوات والاجهزة الفنية اللازمة لتنفيذ برامج المعاملة العقابية الحديثة - ومن ناحية أخرى - ويسبب نقص الكوادر الفنية المدربة - تفتقر السجون فى مصر الى الاشخاص المؤهلين القادرين على مساعدته أو توجيهه المذنبين أو التنفيذ - الحقيقى - لاي برنامج اصلاحى .

وعليه فإنه اذا كانت أمكانية اصلاح الجناة من خلال برامج المعاملة العقابية التى تجرى داخل السجون - بصفة عامة - تبدو ضعيفة ، فإن ذلك الامر يبدو داخل سجوننا فى مصر أقرب لان يكون مستحيلا .

لذا كان من الاولى بالمشرع المصرى أن يكون فى مقدمة المشرعين الذين يؤخذون بدائل العقوبات السالبة للحرية - ومن أهمها نظام شبه الحرية بل كان يجب عليه أن يكون أكثر توسعا فى أعمالها وأن يتلمس مختلف الوسائل للتقليل من المدة التى يقضيها المذنب خلف

الدول الأكثر تقدما فى مجال الفكر والدراسات الجنائية والعقابية الى الاخذ بنظام وأدوات مختلفة - من بينها نظام شبه الحرية - وذلك فى محاولة منها لتضييق نطاق أعمال العقوبة السالبة للحرية بصورتها التقليدية وتقليل المدة التى يجب على المذنب أن يقضيها خلف أسوار السجن - أن لم يكن يجنب دخوله السجن أساسا - .

وإذا كان نظام السجن - فى ذاته وبصفة عامة - يتضمن عناصر سرطانية تدمره من الداخل وتجعله عاجزا عن اصلاح الجناة ، فإن السجن فى مصر يتضمن - وفضلا عن تلك العناصر السرطانية العامة - عناصر سلبية إضافية تجعله أكثر عجزا .

فمن ناحية - ويسبب الظروف الاقتصادية الصعبة - تمثل الظروف المعيشية داخل السجن وتكدس بأعداد ضخمة من المذنبين حالاً حقيقياً يحول دون توافر الظروف الضرورية والمناخ المناسب لتنفيذ أى برنامج لاصلاح الجناة أو تهذيبهم ، وكذلك فإنه - ويسبب

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

1- plozzo : "Sewiliberta' ettrattamento penitenziario" in " Alternative alla detenzione et riforma penitenziaria " Bologna , 1982, p67 .

٢. راجع في هذا الخصوص

Art. 51 l. 26 ` 7 ` 1975, N. 345 .

٣. راجع في هذا الخصوص .

- Cioggi : " E lementi Caratterizzanti delnuovo ordinamen- to penitenziario " in " Guist . pen 1976 I, p118.

- Grevi : " diritti dei detenuti e' trattamento penitenziario " , Bologna , 1981, p46 ss.

- Lupone : " il trattawento penitenziario e' la sua attuazione processuale " Napoli, 1984, p47 ss,

٤. يشترط المشرع الإيطالي أن ينفذ المحكوم عليه فعليا مدة لا تقل عن نصف مدة العقوبة المحكوم بها حتى يمكنه الاستفادة من نظام شبه الحرية المقرر للعقوبات السالبة للحرية طويلة المدة .

5- Catelani : " Manuale dell e'secuzione penale " Milano, 1980, p271 .

6- Rossi p., : " La pena di morte ela sua critica " , 1930 ri- pubblicato parzialmente in " La pena di morte : sitticismo e dog- matica " , Milano, 1978, p. 248ss.

7- Rllomia : " ordinamento peniteziario " in Enc . dir . vol . xxx, Milanó, 1980, p931 .

8- Novolone : " Relazione introduttive in " Pene e' Misufe alternative nell'attuala monento storic : , Milano, 1977, p5.

9- Mantovani : " Sanzioni alternative alla pena detentiva e' prevenzione gevevale : in " Feoria e' prassi della preveuzione genevale dei veati " , Bologna m 1980 p85 .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

10- Casavopi : " la semiliberta' " in " La nuove norme sull'ordinamento peniteuziario " , Milano , 1987, p260 .

11- Mantovani op- cit., p87.

12- Casaroli : op. Cit., p274 .

١٣- نظام الاختيار القضائي : هو أحد بدائل العقوبة السالبة للحرية ، وفقاً له يسمح للمحكوم عليه بمقابلة سالبة للحرية لا تتجاوز مدة معينة بأن يقضى مدة العقوبة خارج أسوار المؤسسات العقابية مع فرض بعض القيود عليه ووصفه تحت الإشراف والرعاية الإجتماعية . وذلك إذا ما دلت نتائج فحص الشخصية مع إنه من الأجدى إخضاعه للمعاملة العقابية خارج الأسوار .

١٤- فحص الشخصية : هو دراسة شخصية المحكوم عليه في جوانبها المختلفة للتعرف على العوامل التي دفعتة للجريمة وصولاً إلى وضع المعاملة العقابية الملائمة له .
لمزيد من التفاصيل في هذا الخصوص راجع لكتاب هذا البحث " فحص الشخصية " ، منشور بمجلة الأمن العام ١٩٨٧ ، العدد ١١٨ .

15- Presutti : Commento All'art . 14 L.10 Octobre 1986
No. 663, in legis legis . Pen., 1987, p1735 ,

حرية التنقل

ومدى شرعية أوامر المنع من السفر
الصادرة من قاضي الأمور الوقفية

السيد الدكتور
حسن السيد يسوي
المستشار بحكمة النقض

مناسبة مرور أربعين عاماً على إقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة للاعلان العالمي لحقوق الإنسان ، وإذاعته في العاشر من ديسمبر عام ١٩٤٨ ، ودعوتها الدول الاعضاء الى ترويج نص الاعلان ، والى العمل على نشره وتوزيعه وقرائته ومناقشته في المحافل المختلفة ، تعرض في هذا البحث لاحدى الحريات اللصيقة بالإنسان . وهى حرية التنقل . وذلك نظراً لما ظهر مؤخراً من الاسراف في استصدار أوامر المنع من السفر من قضاة الأمور الوقفية .

وسوف نتناول في هذا البحث بيان حرية التنقل والأوامر على العرائض ، ومدى شرعية أوامر المنع من السفر الصادرة من قضاة الأمور الوقفية وذلك بالقدر اللازم لهذا البحث .

أولاً - حرية التنقل :

أكدت المواثيق العالمية والائلمية حرية التنقل والاقامة . فقد نصت المادة الثالثة عشر من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن :

١ - لكل فرد حرية التنقل واختيار محل إقامته داخل حدود الدولة .

٢ - يحق لكل فرد أن يغادر أية بلاد بما في ذلك بلده كما يحق له العوده اليه .

كما نصت المادة ٢٢ من الاتفاقية الامريكية لحقوق الإنسان على أن :

١ - لكل شخص متواجد بصورة شرعية في اراضى دولة طرف في هذه الاتفاقية حق التنقل والاقامة فيها مع مراعاة احكام القانون .

٢ - لكل شخص حق

مغادرة البلد المتواجد فيه بحرية ، بما في ذلك مغادرة وطنه .

٣ - لا يجوز تقييد ممارسة الحقوق المذكورة اعلاه الا بموجب قانون وبالقدر الذى لا يهد منه في مجتمع ديمقراطى من أجل منع الجريمة أو حماية الامن القومى أو السلامة العامة أو النظام العام أو الآداب العامة أو الصحة العامة أو حقوق الآخرين أو حرياتهم .

٤ - يمكن ايضا تقييد ممارسة الحقوق المذكورة في الفقرة (١) بموجب القانون في مناطق محددة ولاسباب تتعلق بالمصلحة العامة .

٥ - لا يمكن طرد احد من اراضى الدولة التى هو احد مواطنيها ولا حرمانه من حق دخولها .

٦ - لا يمكن طرد اجنبى متواجد بصورة شرعية على

من ١٣ الى ١٦ على النحو
التالى :

المادة ١٣ = لكل فرد مقيم
على اقليم دولة حرية الانتقال
وأختيار مكان الإقامة فى أى
جهة من هذا الاقليم فى حدود
القانون .

المادة ١٤ = لا يجوز بشكل
تعسفى أو غير قانونى منع
المواطن من مغادرة أى بلد عربى
بما فى ذلك بلده ، أو فرض حظر
على أقامته فى جهة معينة أو
الزامه بالإقامة فى أية جهة
من بلده .

المادة ١٥ = لا يجوز نفى
المواطن من بلده أو معه من
العودة اليه .

المادة ١٦ = لكل مواطن الحق
فى طلب اللجوء السياسى الى
بلاد أخرى هربا من الاضطهاد .
ولا ينتفع بهذا الحق من سبق
تبعه من اجل جريمة عادية تهم
الحق العام ، ولا يجوز تسليم
اللاجئين السياسيين .

وقد أكد الدستور المصرى
الصادر عام ١٩٧١ حرية التنقل
فى عدة نصوص اذ جرى نص

اقامته داخل دولة ماشريطة
الالتزام باحكام القانون .

٢) لكل شخص الحق فى
مغادرة أى بلد بما فى ذلك بلده ،
كما أن له الحق فى العودة الى
بلده ، ولا يخضع هذا الحق لأية
قيود الا اذا نص عليها القانون
وكانت ضرورية لحماية الامن
القومى ، والنظام العام والصحة
والآداب العامة .

٣) لكل شخص الحق عند
اضطهاده فى ان يسعى ويحصل
على ملجأ فى أى دولة أجنبية
طبقا لقانون كل بلد وللاتفاقيا
الدولية .

٤) ولا يجوز طرد الاجنبى
الذى دخل بصفة قانونية الى
اراضى دولة ما طرف فى هذا
الميثاق الا بقرار وفقا للقانون .

٥) يحرم الطرد الجماعى
للاجانب ، والطرد الجماعى هو
الذى يستهدف مجموعات
عنصرية عرقية أو دينية .

كما أكد مشروع الميثاق
العربى لحقوق الانسان - والذى
أعد فى اطار جامعة الدول
العربية - حرية التنقل فى المواد

اراضى دولة طرف فى هذه
الاتفاقية الا بموجب قرار صادر
وفقا للقانون .

٧ - لكل شخص الحق فى
ان يطلب ويمنح ملجأ فى قطر
اجنبى وفقا لتشريعات الدولة
والاتفاقات الدولية ، اذا كان
ملاحقا بجرائم سياسية أو جرائم
عادية ملحقه بها .

٨ - لا يجوز فى أى حال من
الاحوال ترحيل شخص أجنبى
أو اعادته الى بلد ما ، سواء
كان بلده الاصلى أم لا ، اذا
كان حقه فى الحياة أو الحرية
الشخصية معرضا لخطر
الانتهاك فى ذلك البلد بسبب
عرقه أو جنسيته أو دينه أو
وضعه الاجتماعى أو ارادته
السياسية .

٩ - يمنع طرد الاجانب
جماعيا .

كما أكد الميثاق الافريقى
لحقوق الانسان والشعوب حرية
التنقل اذ نصت المادة ١٢
على أن :

١) لكل شخص الحق فى
التنقل بحرية واختيار محل

التصريح للمدعى بالسفر إلى الخارج لتعلقة بالحريات العامة التي كفلها الدستور ، ولا يجوز تقييدها ومصادرتها إلا في الحدود التي رسمتها القوانين .

لذلك كانت دعوة الشارع الدستوري - بعد تقرير هذه الحريات - للشارع العادي لتنظيمها بقانون . وبذلك تكون الإداة التشريعية لتنظيم الحريات العامة ومن بينها حرية التنقل هي القانون . (٣)

وقد حثت الشريعة الإسلامية على التنقل^(٤) فكانت بذلك أسبق من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان - وروغته في السير في الأرض والانتشار فيها . تأكد ذلك من قوله عز وجل : (قل سيروا في الأرض) . وقوله سبحانه وتعالى (أفلم يسيروا في الأرض) ، وفي سورة الجمعة قال سبحانه وتعالى (فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض) .

فلم يقف الإسلام بالحريّة الشخصية عند حد حمايتها وعدم الإعتداء عليها ، وإنما

للحريات الشخصية ، ومن بينهما حرية الإنسان في التنقل داخل البلاد أو خارجها بمغادرتها والعودة إليها ، إذ أن هذا الحرية تسمح له بأن يتنقل من مكان لأخر داخل البلد أو خارجه ، لتدبير شئونه . وهي من الحريات اللصيقة بالإنسان والمستمدة من فطرته وطبيعته الإنسانية ومن ثم تثقل قيدها على إدارة الشارع الدستوري عند تقرير الحريات . وهي مستمدة من القانون الطبيعي باعتباره مجموعة من القواعد التي تنبئ بالثبات والإستقرار والمستمدة من طبيعة الإنسان وفطرته . وللشرع العادي سلطة تنظيم إستخدامها ، كي لا يعم البلاد الفوضى وحتى يكفل للأفراد حسن إستخدامها .

ذلك أن من شأن تقريرها دون تنظيم أن تتعارض مصالح الأفراد في إستعمالها تعارضاً يجعل من المستحيل إستخدامها .

وقد قضت محكمة القضاء الإداري المصري^(٥) بإلغاء القرار الصادر من إدارة الجوازات بوزارة الداخلية بعدم

المادة ٤٦ منه على أن " الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس ، وفيها عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل الا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ويصدر هذا الامر من القاضي المختص ، أو النيابة العامة ، وذلك وفقاً لأحكام القانون " .

كما جرى نص المادة ٥٠ منه على أنه " لا يجوز أن يحظر على أي مواطن الاقامة في جهة معينة ولا أن يلزم بالاقامة في مكان معين الا في الاحوال المبينة في القانون " .

كما نصت المادة ٥١ على أنه : " لا يجوز ابعاد أي مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها " . وللمواطنين حق الهجرة الدائمة أو المؤقتة الى الخارج ، وينظم القانون هذا الحق واجراءات وشروط الهجرة ومغادرة البلاد " . (مادة ٥٢ من الدستور) مفاد ذلك إن الشارع الدستوري أكد حمايته

أمتد بأن كفل للإنسان حرية التنقل فمن ضاقت به سبل العيش والإقامة في مكان ما ، فله أن ينتقل إلى مكان آخر لأن أرض الله واسعة لقوله سبحانه وتعالى (ومن يهاجر في سبيل الله يجد في الأرض مراغماً كثيراً وسعة ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله وكان الله غفوراً رحيماً) .

من ذلك بين أن الإسلام يجد أنه لا معنى للجانب السلبي للحرية بتحريم الاعتداء على النفس والعرض والمال ، وإذا بحث على السعى والتنقل - الجانب الإيجابي للحرية - إذ به عمارة الأرض وإقامة الحضارات .

وقيدت حرية التنقل في الإسلام بالمصلحة (مصلحة الجماعة) : إذ روى عن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : " إذا كان الطاعون ببلد فلا تدخلوه ، وإذا كنتم به فلا تخرجوا منه " . ذلك إن الدخول إلى بلد أنتشر فيه الطاعون إلقاء بالنفس إلى

التهلكة . والخروج من بلد فيه طاعون نقل للعدوى ونشر للوباء . فكانت حكمة التقيد هي الحفاظ على الأمن والصحة العامة وعدم إضرار الناس بعضهم بعضاً . كما روى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب - رضی الله عنه - إنه ألزم كبار الصحابة بالإقامة معه في المدينة حتى يستشيرهم فيما يجد من أمور ، ومن ثم فإن تقييد حرية تنقلهم في الدولة الإسلامية بالبقاء في المدينة كانت لمصلحة المسلمين وليس من قبيل الحد والعقاب .

نخلص مما تقدم إن حرية التنقل من الحريات اللصيقة بالشخصية الإنسانية . وقد أكدها الشارع الدستوري ، كفل تنظيمها بالقانون . بما أوردته في المادة ٤١ سالفه البيان من أنه " ... ولا يجوز ... أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق . وصيانة أمن المجتمع " . ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة وذلك وفقاً لأحكام القانون " .

مؤدى ذلك أن الشارع

الدستوري تطلب لإستصدار الأمر بتقيد حرية التنقل بالمنع أو تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، وأسند سلطة إصدار هذا الأمر إلى كل من القاضي المختص أو النيابة العامة .

ويقصد بالقاضي المختص في هذه المادة القاضي الذي له سلطة التحقيق - سلطة الضبطية القضائية - وهو القاضي الجنائي دون القاضي المدني ، كقاضى التحقيق وغرفة المشورة بمحكمة الجناح المستأنفة ، ومحاكم الجنايات ، والمستشار المتدرب بمحكمة القيم عملاً بالمادتين ١٩ و ٢٣ من قانون حماية القيم من العيب رقم ٥٩ لسنة ١٩٨٠ ، وكل قاض خوله القانون هذه السلطة بنص منه .

كذلك أنشأ الشارع الدستوري بالنيابة العامة سلطة الأمر بالمنع من التنقل إذا استلزم ذلك ضرورة التحقيق ، وصيانة أمن المجتمع (٥) . وقد نظم النائب العام حدود سلطاته المخولة له بمقتضى الدستور في تعليمات النيابة العامة في

على دينسه (مادة ٨٩ من قانون التجارة) .

والاوامر على العرائض - وعلى ما يبين من نصوص الباب العاشر من قانون المرافعات - هي الاوامر التي يصدرها قضاء الامور الوقتية بما لهم من سلطة ولائية ، وذلك بناء على الطلبات المقدمة اليهم من ذوي الشأن على عرائض ، وتصدر تلك الاوامر الوقتية في غيبة الخصوم دون تسبيب باجراء وقضى أو تحفظ في الحالات التي تقتضى بطبيعتها السرعة أو المباغثة دون مساس بأصل الحق المتنازع عليه ، ولذا لا يجوز تلك الاوامر حجية ولا يستند القاضي الوقضى سلطته باصدارها فيجوز له مخالفتها .
بامر جديد مسبق (٦) .

وقد ثار خلاف في الفقه حول ما اذا كان المشرع اورد الاوامر على العرائض في القانون على سبيل الحصر ، أم على سبيل المثال ، وايا كانت حجة كل فريق ، فقد حسمت محكمة النقض المصرية - حديثا - هذا الخلاف بقولها : " أن

الإبتدائية هو رئيسها أو من يقوم مقامه . أو من يندب لذلك من قضاتها ، وفي محكمة المواد الجزئية هو قاضيها (مادة ٢٧ من قانون المرافعات) وأورد المشرع النص على بعض الحالات التي يجوز فيها إصدار الاوامر على العرائض من قاضي الأمور الوقتية . مثل تنقيص ميعاد المسافة (مادة ١٧ مرافعات) . تنقيص المواعيد القانونية للحضر (مادة ٦٦ مرافعات) . تقدير المصاريف التي قضى بإلزام الخصم بها (مادة ١٨٩ مرافعات) . أحوال الحجز التحفظي (مادة ٣١٩ مرافعات) . حجز للمدين لدى الغير عند عدم وجود سند تنفيذي أو اذا كان الدين غير معين المقدار (مادة ٣٢٧ مرافعات) .

وفي المواد التجارية مثل الإذن ببيع الأشياء المرهونة كلها أو بعضها بالمزايدة العمومية على يد سمسار (مادة ٧٨ من قانون التجارة) . والاذن للوكيل بالعمولة ببيع البضاعة الموجودة تحت يده للحصول

الإدراج في قوائم المنوعين من السفر (مادة ٩٣٩ من التعليمات فقرة ٢٦) اذ نصت على أن : " ترسل إلى المكتب الفني للنائب العام عن طريق المحامين العاملين لدى محاكم الإستئناف القضايا والأوراق المبيئة بعد ، مشفوعة بمذكرات بالرأى فيها . " طلبات إدراج في قائمة المنوعين من السفر ، ورفع الحظر عنهم ، والأخطار بما يتم في القضايا الخاصة بالمنوعين من السفر ، للنظر في رفع الحظر وكذلك قرارات المحكمة الصادرة برفع أسماء المتهمين المدرجين في قائمة المنوعين أو بالتصريح لهم بالسفر .

ثانياً: الاوامر على العرائض

من المقرر قانوناً إنه في الأحوال التي يكون فيها للخصم وجه في إستصدار أمر يقدم عريضة بطلبه إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة أو الى رئيس الهيئة التي تنظر الدعوى .. (مادة ١٩٤ من قانون المرافعات) وقاضى الأمور الوقتية في المحكمة

سواء كانت أعمالاً قانونية أم وقائع مادية . ومنها التصديق على الصلح الذى يتم بين طرفى الخصومة وتحقيق الوفاة والغيبة وإثبات الوراثة والتصديق على القسمة القضائية أو على الصلح الذى يختتم به التفليس .

الثانى : أعمال اذن وإجازة
وهى الاعمال التى يلزم للاعتداد بها القاضى قبل القيام بها ، أو أجازته لها بعد القيام بها ، كالاذن بالحجز أو إعلان شخص فى غير المواعيد المقررة أو إجازة أعمال المصنف .

الثالث : أعمال رقابة وتعيين
وهى الاعمال التى يتدخل بها القاضى لحماية بعض المصالح الخاصة بتعيين شخص لأداء مهمة معينة . ورقابة أعماله ، ومنها تعيين الأوصياء والقامة والفصل فى حساباتهم ومراقبة تصرفاتهم وعزلهم ، واستبدال غيرهم بهم .

والملاحظ أن هذه الاعمال تتعلق - جميعا - بالمواد المدنية والتجارية والقواعد الاجرائية لقانون المرافعات ومواد الولاية

الحالات الخاصة التى يجوز فيها اصدار الاوامر على عرائض ، إذ أن ذلك لا يمنع من أستصدار امر على عريضة فى الحالات الاخرى متى توافرت شروط أستصداره ، ولولم يرد بشأنها نص خاص ، إذ لو قصد المشرع بنص المادة ١٩٤ سالفه الذكر ، تقييد الاحوال التى يجوز فيها اصدار الاوامر على العرائض بتلك التى اورد بشأنها نص خاص ، لنص على ذلك صراحة فى هذه المادة . . .
(٧) .

فماد ذلك أن الاوامر على العرائض اوردتها المشرع فى القانون على سبيل المثال لا الحصر

والاوامر على العرائض تعد من أهم صور الاعمال الولائية التى يقوم بها قاضى الامور الوقتية ، ويمكن ردها وتقسيمها الى ثلاثة أنواع :
(٨)

الاول : أعمال توثيق
وتصديق وهى الاعمال التى يكون تدخل القاضى فيها ضروريا لاضفاء الرسمية عليها

المشرع افرد للأوامر على العرائض الباب العاشر من الكتاب الاول من قانون المرافعات المواد من ١٩٤ - ٢٠٠ ، ولم يحدد فيه الحالات التى يجوز فيها طلب استصدارها ونص فى المادة ١٩٤ منه على أنه : " فى الاحوال التى يكون فيها للخصم وجه فى استصدار امر أن يقدم عريضة بطلبه الى قاضى الامور الوقتية بالمحكمة المختصة . . . " لما كان هذا النص قدورد بصيغة عامة مطلقة دون تخصيص لتلك الاحوال ، وكان المقصود بعبارة الاحوال التى يكون فيها للخصم وجه فى استصدار امر هو - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - الحالات التى تقتضى بطبيعتها السرعة والمباغطة ، ومن ثم فإن القول بأن المشرع اورد الحالات التى يجوز فيها أستصدار امر على عريضة على سبيل الحصر يكون تقييدا لمطلق النص ، وتخصيصا لعمومه بغير مخصص وهو ما لا يجوز ، ولا ينال من ذلك أن الشارح قد اورد فى نصوص متفرقة بعض

العامة لاعمال سلطتها على النحو المبين بال دستور لا ستصدار الامر بالنوع من السفر .

وقد أكدت محكمة النقض المصرية ^(٩) هذا الرأي - حديثاً - اذ قضت " أنه لما كان من المقرر بنص الفقرة الأولى من المادة ٤١ من الدستور أن الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على احد أو تفتيشه أو جسسه أو تعقيد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل الا بامر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ويصدر هذا الامر من القاضي المختص أو النيابة العامة وذلك وفقاً لاحكام القانون " . وكان مؤدى هذا النص - فى ضوء سائر نصوص الدستور المنظمة للحقوق والحريات العامة وضماناتها - أن أوامر القبض على الاشخاص أو تفتيشهم أو جسسهم أو منعه من التنقل أو السفر أو تعقيد حريتهم بأي قيد دون ذلك - هي اجراءات جنائية تمس الحرية الشخصية - التى لا يجوز تنظيمها الا بقانون صادر من السلطة التشريعية

باعتبار أن الاوامر على العرائض من قبيل الاعمال الولائية التى يصدرها القاضي بما له من سلطة ولاتية ومن ثم تنحصر عن سلطاته سلطته الضبطية القضائية ، وبذلك يخرج من اختصاص قاضى الامور الوقتية إصدار الامر بالنوع من السفر ، اذ حدد الشارع الدستوري السلطة التى نيظ بها سلطة المنع من التنقل ، وهي القاضى المختص - ولا يندرج تحت هذا القيد قاضى الامور الوقتية لطبيعة اختصاصه المدنى - والنيابة العامة وأن يستلزم هذا المنع ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع . ففى مجال " حق الدائنية " - على سبيل المثال - نجد أن المنع من التنقل ليس من مقتضيات الوفاء بالدين . اذ أن المشرع كفل للدائن الالتجاء الى أمر الحجز التحفظى أو حجز ما للمدين لدى الغير . فاذا انطوى الامر على جريمة أو مسأ أمن المجتمع كان للدائن بدلا من الالتجاء الى قاضى الامور الوقتية الالتجاء الى القاضى الجنائى المختص أو الى النيابة

على النفس وعلى المال ، ولا تمتد الى نطاق قانون العقوبات أو القواعد الاجرائية لقانون الاجراءات الجنائية . وهى وان وردت على سبيل المثال - على ما أنتهت اليه محكمة النقض فى حكمها سالف البيان - الا أنها مشروطة بحدود اختصاص قاضى الامور الوقتية فى المواد المدنية والتجارية والمرافعات ودون المواد الجنائية وان يقتضى استصدارها السرعة أو المباشرة ودون مساس بأصل الحق .

ثالثاً : عدم شرعية الامر بالنوع من السفر الصادر من قاضى الامور الوقتية :

الامر بالنوع من السفر ينطوى على تقييد حرية الانسان فى التنقل ويعد هذا الامر اجراءاً تحفظياً يمس حرية من الحريات الشخصية التى كفلها الدستور للفراد . وسبق أن أوضحنا أن الاوامر على العرائض وأن وردت على سبيل المثال ، الا أنها مقيدة بحدود اختصاص قاضى الامور الوقتية فى المواد المدنية والتجارية والمرافعات دون المواد الجنائية .

أساس " .

بما تقدم نخلص الى عدم شرعية الاوامر على العرائض الصادرة بالمنع من السفر لانطوائها على أنتهاك خطير لحرية التنقل والتي هي من الحريات الاساسية للصيقة بالانسان ومخالفتها لاحكام الدستور باعتباره القانون الوضعي الاسمى .

هذا الامر فى ضوء الضوابط التى وضع الدستور اصولها ، وكان أى نص مخالف لهذه الاصول يعتبر منسوخا حتما بقوة الدستور نفسه ، باعتباره القانون الوضعي الاسمى ، لما كان ذلك ، وكان الامر موضوع الدعوى فيما جرى به من منع الطاعن من السفر لم يصدر وفقا لاحكام قانو ينظم قواعد اصداره فانه

وليس من سلطة أخرى بناء على تفويض ولا بإداة أدنى مرتبة من القانون حتى لا تطلق السلطة التنفيذية يدها فيما قيد الدستور سلطتها فيه - (إصدار الامر بأى اجراء من تلك الاجراءات فى غير حالات التليس لا يجدر الا من القاضى المختص أو النيابة العامة ، ووفقا لقانو ينظم القواعد الشكلية والموضوعية لاصدار

هوامش حريّة التنقّل

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

- ١- من أبحاث ندوة " الحماية القانونية للحريات الشخصية " التى عقدها مركز الدراسات القانونية المتعلقة بحقوق الإنسان بجامعة القاهرة نوفمبر ١٩٩٠ .
- ٢- فى القضية رقم ٣٦٣ لسنة واحد جلسة ١٩٦٢/١١/٢٧ .
- ٣- والقرارات التى تصدرها جهات الإدارة برفض التصريح لموظفيها بحدود نوع قرارات غير مشروعة ، يختص مجلس الدولة بإعتباره صاحب الولاية العامة فى المنازعات بنظر الطعون بالقاتها . إذ قضت المحكمة العليا فى هذا الصدد .
- " إن التعديل الذى أوردته المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة فى بنودها الثلاثة عشر الأولى إلقا أتى على سبيل المثال لا الحصر بمعنى إنه غير جامع لكل المنازعات الإدارية ، أما البند الرابع عشر فقد ورد النص فيه بصيغة عامة ، تدل على أن المشرع قصد أن يكون مجلس الدولة دون غيره مختصاً بالنظر فى جميع المسائل التى يصدق عليها وصف المنازعة الإدارية ، سواء كانت من صف المنازعات والقرارات المحددة فى البنود الثلاثة عشر السابقة عليه أو لم تكن قائلها ، وأساس ذلك إن النص العام يقصد على عموم ما لم يرد ما يفيد أو يجد من تطبيقه ، ولو قيل بغير ذلك لأدى الأمر إلى

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

الوقوع في مخالفة لحكم الدستور صراحة ولغداً نص البند الرابع عشر من المادة المذكورة عديم الفائدة والجندوى بل مجرد لغو ينزه عنه المشرع . "

" ومن حيث إن متى كان الأمر كذلك ، وكانت محاكم مجلس الدولة قد أصبحت بمقتضى الدستور والقانون صاحبة الولاية فى المنازعات الإدارية وكانت المنازعة الماثلة قائمة بين إحدى الجهات العامة التى تتولى إدارة وبين أحد موظفيها ، حول قرار منها بمنعه من السفر إلى الخارج وهو تصرف تتجلى فيه وجه السلطة العامة ، فمن ثم تعتبر هذه المنازعة بحق منازعة إدارية يختص بنظرها القضاء الإدارى . "

حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٤٠٦ لسنة ٤٥ ق الصادر عليه ١٩٨٧/١/١٦ .

" المكتب الفنى - ص ٢٧ ص ٢٤٧ .

٤. دكتور إسماعيل البدوى - دعائم الحكم فى الإسلام - ص ١١١

٥. دكتور حسنى السيد بسيونى - الدولة ونظام الحكم فى الإسلام - عالم الكتب ١٩٨٥ .

٦. رسالة الدكتوراة المقدمة من السيد / كريم يوسف أحمد فى الحريات العامة فى والأنظمة السياسية المعاصرة - جامعة القاهرة - ١٩٨٧ .

(٥) وقد نص قرار وزير الداخلية رقم ٨١٢ لسنة ١٩٦٩ على ألا يدرج على القوائم إلا الأشخاص الطبيعيون فى الحالات الآتية :

١. الأسباب السياسية : يتم الإدراج بناء على طلب جهات الأمن .

٢. النشاط الجنائى : يتم إدراج المتهمين فى قضايا الجناح الهامة بناء على النائب العام . ويتم الإدراج بالنسبة للمحكوم عليهم بأحكام نهائية بمقررة الجنائية بناء على طلب النيابة العامة المختصة . ويتم إدراج الجائرين على الأمن العام بناء على طلب مصلحة الأمن العام .

٣. النشاط الوظيفى : بناء على طلب الأمن القومى وذلك فى حالة وجوده ونشاطه خارج عند إنهاء خدمة العاملين بالحكومة .

٤. عدم أداء الضرائب بناء على أمر من النيابة العامة فى حالة وجود جريمة ضريبية .

كما نصت المادة الأولى من قرار وزير الداخلية رقم ٩٧٥ لسنة ١٩٨٣ بشأن تنظيم قوائم المنوعين من السفر على أن يكون الإدراج فى قوائم المنوعين من السفر بالنسبة

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

للأشخاص الطبيعيين بناء على طلب الجهات الآتية دون غيرها :

• المحاكم في أحكامها وأوامرها وأجبة النفاذ .

• المدعى العام الإشتراكي .

• النائب العام .

• رئيس المخابرات العامة .

• مدير المخابرات الحربية .

• مدير إدارة الشؤون الشخصية للقوات المسلحة .

• المدعى العام العسكري .

• مدير الإدارة العامة لمباحث أمن الدولة .

• مدير مصلحة الأمن العام .

ويجب أن يكون الإدراج في غير حالات طلب المحاكم صادراً من رئاسة الجهات المتقدمة دون غيرها .

٦- الطعن أرقام ١٨٣٤ ، ١٨٤٩ ، ١٩٤٩ ، ١٩٩٩ لسنة ٥١ قضائية جلسة ١٩٨٢/١٢/٣٠ السنة ٣٣ ص ١٢٧٩ .

• الطعن رقم ٤٥ لسنة ٤٨ قضائية - جلسة ١٩٨٧/١٢/١٨ ص ٢٩ ص ١٩٤٣ .

٧- الطعن رقم ٤٥٥ لسنة ٥٣ قضائية جلسة ١٩٨٨/١/٢٠ ، لم ينشر بعد .

٨- د. إبراهيم سعد . القانون التضايفي الخاص . طبعة ١٩٧٤ بند ١٦ .

٩- فتحي والي - وسيطة في اللضا - المدني - ص ٤٤ .

الأستاذ محمد كمال عبد العزيز - تقنين المرافعات - الطبعة الثانية ١٩٧٨ ص ١٢٢ .

٩- الطعن رقم ٢٣٦١ لسنة ٥٥ قضائية جلسة ١٩٨٨/١١/١٥ ، لم ينشر بعد .

• وأنظر أيضاً مذكرة نيابة النقض لمبنى في الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٥٨ قضائية وقد

تعلق هذا الطعن بأمر وقتي بالمتنح من السفر وإنتهت النهاية في رأيها إلى بطلان هذا الأمر لصدوره من قاضي غير مختص وعلى خلاف حكم الدستور .

جرائم التصنت والتقاط الصور مكرر ٣٠٩ مكرر (١) عقوبات

السيد الأستاذ
أحمد جمعه شحاته
المحامى بالنقض

- سبق أن ذكرنا فى البحث السابق المنشور بمجله المحاماه فى العددان السابع والثامن سنة ١٩٩٠ عن مشروعية مراقبة المحادثات التليفونية أن الفرد هو محور القانون . فالتشريعات تسعى فى تنظيماتها الى حمايته وتحقيق مصالحه التى هى فى النهايه تمثل مجموعة من مصالح المجتمع ككل . بحث يكون من السهل المسور دائما أقامه نوع من التوازن العادل بين المصلحتين.

- أن التقدم العلمى قد بلغ شوطا كبيرا فى ميادين شتى . وأن لاكتشاف الميكروفون والتليفون فى منتصف القرن الماضى دور كبير فى اختراع كثير من الآلات التى تسمح باجراء التصنت الخفى . وجاء أكتشاف العصر الحديث للترانزستور سنة ١٩٤٨ فأصبحت الآلة الالكترونية

بصغر حجمها وقلة تكلفتها ذات خطوره بالغة .

- ولما كان هذا التقدم التكنولوجى الهائل أصبح يمثل تهديداً خطيرا للحياة الخاصه للانسان نظرا لما تقدمه الأجهزة الحديثه من امكانيات التلصص والتجسس التى تنفذ الى حياة الانسان الخاصه . فتصورها وتسجلها بغير علم صاحبها . ومن ثم كان لابد للمشرع الجنائى أن يتدخل لتجريم مثل هذه الأفعال .

- حتى أن يمكن للمرء أن يقرر . دون مبالغة أن الحياة الاجتماعيه تعاني من داء ما يسمى التطفل على الحياة الخاصه وانتهاكها .

- ففى فرنسا صدر القانون ٦٤٣ - ٧٠ فى ١٧ يوليه سنة ١٩٧٠ بشأن حماية حقوق الافراد وحررياتهم . اذ أضاف خمس مواد جديدة الى قانون

العقوبات من (٣٦٨ - ٣٧٢) تعاقب على الاعتداء على الحياة الخاصه للأفراد بالتصنت أو تسجيل الاحاديث أو التقاط الصور أو انشائها ونشر المونتاج بأى وسيله كانت دون موافقة المجنى عليه .

- ولقد تأثر المشروع المصرى بالمشروع الفرنسى وأصدر القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ والذى يقتضاه أضيفت المواد ٣٠٩ مكرر ، ٣٠٩ مكررا فى باب القذف والسب .

- ويمكن . أن نطلق على الجرائم المنصوص عليها فى المواد ٢٩ مكرر ، ٣٠٩ مكرر جرائم الاعتداء على الحق فى احترام الحياة الخاصه .

- ولقد سبق أن انتهينا فى البحث السابق الى مشروعية تسجيل المحادثات التليفونية بالضوابط والشروط السابقه ايضاها ، ويعتبر هذا البحث

هو الوجه الآخر للمشروعية أى عدم مشروعية الالتجاء الى تسجيل المحادثات بعيدا عن الشروط والضوابط التى أوجبها المشرع للسماح بمراقبة الاحاديث التليفونية أو الخاصة .

وسنعرض هذا الموضوع فى ثلاثة أقسام :

القسم الاول : تعريف الحياة الخاصة .

القسم الثانى : الأحكام الخاصة بجرائم الاعتداء على الحياة الخاصة فى القانون الجنائى المصرى . وينقسم الى ثلاثة مباحث .

المبحث الاول : جريمة أستماع أو تسجيل أو نقل المحادثات الخاصة .

المبحث الثانى : جريمة التقاط أو نقل الصورة .

المبحث الثالث : جريمة الاحفاظ أو إنشاء أو أستعمال الاحاديث أو الصور المتحصل عليها بطريقة غير مشروعه أو التهديد بها .

القسم الثالث : جريمه أستعمال التسجيل أوالمستند أو الاحتفاظ

القسم الاول : الماهية القانونية للحق فى الحياة الخاصة .

البحث فى الماهية القانونية للحق فى الحياة الخاصة أمر غير ميسور لصعوبة تحديد مدلول الحياة الخاصة .

ـ أن فكرة الحياة الخاصة تعكس جوانب متعددة لحياة الانسان . ففى اللغة الفرنسية لا يذكر الحياة الخاصة وأما يذكر كذلك تعبير (دائرة السرية)

و (الحق فى الخلوة) و (الحق فى حرمة الحياة الخاصة) و (الحق فى حرمة الحياة الخاصة) و (حق الفرد فى الزود عن فرديته) . وفى اللغة الانجليزية يذكر تعبير (الخصوصية) أو (دائرة الحياة الخاصة) .

ـ والواقع أن فكرة الحياة الخاصة مازالت تعتبر من الأمور الدقيقة التى تشير جدل فى القانون . لذلك يصعب تعريفها فى صيغة دقيقة وافية لها . لأنها فكرة مرنة تحكمها معايير وعادات وتقاليد المجتمع الذى ينتمى اليه الفرد . فهذه الاشياء تتغير من مجتمع الى

آخر ومن شخص الى آخر .

ـ ومن الواجب وضع تعريف للحياة الخاصة حتى يمكننا تحديد العناصر التى تغطيتها هذه الفكرة ولم تضع التشريعات تعريفا للحق فى الحياة الخاصة . ولقد أجمع كثير من الفقهاء عن التصدى لهذه المسألة رغبة فى ترك لتحديدها للقضاء .

ـ والواقع أننا نتفق مع الفقهاء القائلين بأن الحياة الخاصة والحياة العامة هى تعبيران لا يتجزأ . ويتحدد معنى كل منهما بالنظر الى الاخرى .

ـ وسنقتصر هنا على دراسة تعريف الحياة الخاصة كما تكشف لنا دراسة الفقه والقضاء المقارن . وخاصة الفرنسى .

ـ ويدور تعريف الحياة الخاصة حول ثلاث أفكار رئيسية :

١. فكرة السرية .

٢. فكرة السكينة .

٣. فكرة الأنفسة .

(١) فكرة السرية :

ترتبط السرية ارتباطاً وثيقاً بفكر الحياة الخاصة . فالحياة الخاصة كما يقول د . أحمد فتحي سرور " قطعه خاليه من كيان الانسان لا يمكن أنتزاعها منه والا تحول الى أداة صماء خالية من القدرة على الابداع الانساني .

فالإنسان بحكم طبيعته له أسرار الشخصية ومشاعره الذاتية . وصلاته الخاصة . وخصائصه المميزة . ولا يمكن أن يستمتع بهذه الملامح الا في إطار مغلق يحفظها ويهيئ لها سبيل البقاء وتقتضى حرمة هذه الحياة أن يكون للإنسان حق في أطفاء السرية على مظاهرها وآثارها . ومن هنا كان الحق في السرية وجها لازماً للحق في الحياة الخاصة لا ينفصل عنه .

- ولقد أورد القانون المصري تطبيقات لهذا الحق متعلقة بسرية المراسلات البريدية والبرقية والمحادثات الهاتفية . وحرمة المسكن وإنشاء الاسرار وتدخل المشرع الجنائي المصري

لحمايتها .

- فمما لاشك فيه أن حماية الحياة الخاصة لا تتحقق الا عن طريق السرية التي تكتنف كل واقعة لها صلة بالحياة الخاصة . كما يرى بعض الفقهاء أن الحياة الخاصة داخله أساساً في نطاق السرية التي تكون للشخص على بعض أنشطته .

- ونرى مدى ارتباط التوسع في مفهوم الحياة الخاصة بالتوسع رقعة الحرية السياسية وارتباط المجتمع بنظام الاقتصاد الحر . حتى أن المشرع تدخل لحماية الذمة المالية للفرد بالنص على سرية الحسابات لدى البنوك . وهذا ما يدل على أن الفكر الجنائي الحديث يتجه الى التوسع في مفهوم الحياة الخاصة للفرد .

- ويعني بالسرية لغة . كل أمر ليس يعلن . أو كل ما يميل المرء الى اخفائه عن الآخرين . ويعني التزام الغير بعدم إفشاء السر .

- وقد أكد القضاء الفرنسي في أكثر من مناسبة أن

نشر الوقائع المتعلقة بالحياة الخاصة . لا يتحقق الا اذا كان هناك إذن صريح لا غموض فيه من صاحب السر .

(٢) فكرة السكينة :

لاشك أن فكرة الحق في الحياة الخاصة لها ارتباط وثيق بفكرة السرية والسكينة .

- وفكرة السكينة تشمل احترام سرية الحياة الخاصة والا متناع عن تعكير الحياة الخاصة والحوض فيها .

- وإذا تناولنا بالتدقيق بعض أحكام القضاء الفرنسي التي صدرت بمناسبة الحق في احترام الحياة الخاصة نجد أنها تؤكد على منع أعداء الآخرين الذي يعكر هدوء وسلامة وسكينة الفرد .

- ولقد تعرضت المحكمة الادارية في مصر لمسألة ذات ارتباط وثيق بالحق في الحياة الخاصة في القضية رقم ٢٧١ سنة ٣ ق . وكان ذلك بشأن مدرسة تقيم في القسم الداخلي في مدرسة للبنات . وقد ضبط عضو الرقابة الادارية أثناء

ويعرف الدكتور مدوح خليل الحياة الخاصة بأنها :

" هي النطاق الذي يكون للمرء فى إطاره مكنسة الانسحاب أو الانزواء عن الآخرين . بقصد تحقيق نوع من السكينة والحفاظ على سرية الحياة الخاصة " .

ونرى ان الحياة الخاصة هي :
" مجموع من مكونات الشخصية المادية والمعنوية اللصيقة بالمرء والتي يحيطها بمظاهر السرية بنية تحقيق الهدوء والسكينة لنفسه .

القسم الثاني : الاحكام الخاصة بجرائم الاعتداء على الحياة الخاصة .

حرص الدستور المصرى الصادر فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ . فى إطار الحماية الدستورية لحقوق وحرابات المواطنين وحمايتهم من اعتداء السلطات الحاكمة على كماله حرمة الحياة الخاصة باعتبارها حقاً أساسياً للانسان يحميه من تدخل السلطات والافراد .

أن يتصيد الدليل من مستودعات الأسرار . . . "

(٣) فكرة اللفة :

يعد هذا العنصر هو من أهم العناصر جميعاً . فهو جوهر الحق فى الحياة الخاصة .

ـ ومعنى اللفة لغوياً " العمق الخفى لداخل الانسان وهو ما يسمى ضمير الشخص ويراد بها أيضاً تلك العلاقة الوطيدة التى تكون بين شخصين ويعبر عنها بخلة أو لفة الحساسة الخاصة " .

ـ وعرفها الاستاذ كاربونييه بأنها " الدائرة السرية للحياة . والتي يكون للفرد فيها سلطة إبعاد الآخرين " .

ـ ولقد ذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسى الى تأييد هذه الفكرة . والملاحظ أنه فى كل مرة يجازى فيها القضاء الفرنسى الاعتداء على الحياة الخاصة يكون ذلك بسبب وجود انتهاك غير مشروع لوقائع متعلقة باللفة : سواء كان الامر يتعلق بذكرات خاصة أو بالحياة الزوجية أو العائلية .

التفتيش مدركة خاصة بها كانت قد سردت فيها علاقة عاطفية ربطتها بأحد الرجال فى غير أوقات العمل . وقد فصلت المدرسة من عملها أستنادا الى أن هذا السلوك يعتبر مخالاً بوظيفتها . وأنها لا يجوز أن تسلك هذا المسلك الذى دونته فى مذكرتها . وقد قضت المحكمة الادارية بالغاء فصل المدرسة . وجاء بحديثات حكمها الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٩٥٦ أنه :

" اذا خلت المدعية الى نفسها ، وأعملت تفكيرها وظلت تخاطب ذاتيتها وتناجيتها فى فكرة خاصة . وتخففت من القيود فى التعبير عن خواطرها . كفتاة فى سن ما قبل الزواج . وتبسطت فى هذا الحديث الذى يلجأ اليه المرء فى العادة كلما خلا الى نفسه فاستهدفت أن تنفس عن نفسها أو تحاسبها دون أن تقصد رصد الحقيقه ثم أستودعت هذه المفكرة مكن سرها . فأنه لا تثريب عليها فى خلوتها هذه مادامت لم تتخذ من المظاهر الخارجية ما تمهد اليه القانون . وبالتالي ليس للمحقق

أضافها القانون ٣٧ لسنة ١٩٧٢ الى قانون العقوبات والاجراءات أقام الشارع الحماية الجنائية الموضوعية والاجرائية حول الحق فى الحياة الخاصة .

ـ ونصوص المادتين ٣٠٩ مكرر ، ٣٠٩ مكرر أ تعادل المادتان ٣٦٨ ، ٣٦٩ من قانون العقوبات الفرنسى رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٠ . مع ملاحظة أن القانون الأخير لم ينص على جريمة التهديد بالاغشاء التى نص عليها المشرع المصرى فى المادة ٣٠٩ مكرر أ .

وتنص المادة ٣٠٩ مكرر على أن :

" يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن ، وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية فى غير الاحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضا المجنى عليه .

(أ) أسترقت السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الاجهزة أيا كان نوعه محادثات جرت فى مكان خاص أو عن طريق التليفون .

الاجهزة أو اذاعة أو تسهيل اذاعة . أو استعمال هذه التسجيلات والمستندات المتحصل عليها أو التهديد بها . - ونزولاً على حكم المادة ٥٧

من الدستور تدخل المشرع الجنائى أيضاً وأضيف الى نص المادة ١٥ من قانون الاجراءات الجنائية فقرة جديدة تتضمن استثناء الجرائم التى نص عليها قانون العقوبات فى المواد ١١٧ ، ١٢٦ ، ١٢٧ ، ١٢٨ ، ٣٠٩ مكرر ، ٣٠٩ مكرر أ من أحكام إنقضاء الدعوى الجنائية بمضى المدة .

ـ وقد أقتضى استثناء هذه الجرائم من قاعدة انقضاء الدعوى الجنائية بمضى المدة تعديل المادة ٢٥٩ من قانون الاجراءات الجنائية التى تنص على انقضاء الدعوى المدنية بمضى المدة المقررة فى القانون المدنى فنص على استثناء الجرائم المشار اليها فى المادة ١٥ من قانون الاجراءات الجنائية من قاعدة انقضاء الدعوى المدنية بمضى المدة .

ـ وبهذه النصوص التى

ـ فنص على أن حياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون (م ٤٥) وأعتبر أن أى إعتداء عليها جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم (م ٥٧) .

ـ ولقد تدخل المشرع الجنائى لتحقيق الحماية التى نص عليها الدستور . فأصدر المشرع القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ (الخاص بتعديل بعض النصوص المتعلقة بضمان حريات المواطنين فى القوانين القائمة) . الذى أضافت مادته الثانية الى قانون العقوبات (الباب السابع من الكتاب الثالث المعنون (القذف والسب واقشاء الاسرار) مادتان جديدتان برقمى ٣٠٩ مكرر و ٣٠٩ مكرر أ . (تقابل المادتان ٣٦٨ ، ٣٦٩ من قانون العقوبات الفرنسى) .

ـ ولقد جرم المشرع ولأول مرة فى التشريع المصرى الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة عن طريق استراق السمع أو تسجيل محادثات تجرى فى مكان خاص ، والتقاط أو قتل صورة شخص فى مكان خاص بجهاز من

(٢) المبحث الثاني : جريمة التقاط أو نقل الصورة .

(٣) المبحث الثالث : جريمة الاحتفاظ أو افشاء أو استعمال الاحاديث أو الصور المتحصل عليها بطريقة غير مشروعة والتهديد بها .

المبحث الاول

جريمة استماع أو تسجيل أو نقل المعاديات الخاصة يشترط لقيام الجريمة المتعلقة بالحصول على الحديث . أن يكون هناك موضوع يتمثل في الحديث الذي يجرى في مكان خاص أو عن طريق التليفون . وكذلك نشاط يتمثل في فعل الاستراق أو التسجيل أو النقل عن طريق جهاز من الأجهزة أيما كان نوعه ثم توافر القصد الجنائي .

اولاً : أن ينصب الفعل على حديث خاص :
أعتبر المشرع أن الحديث الخاص يدخل في دائرة الحياة الخاصة لصاحبه . وقدر جدارته بالحماية الجنائية من الحصول عليها بغير رضا صاحبه سواء عن طريق استراق السمع أم عن طريق تسجيله بأي طريقة .

لا تزيد على خمس سنوات كل من هدد بافشاء أمر من الأمور التي تم التحصل عليها بأحدى الطرق المبينة بالمادة السابقة أو كان ذلك بغير رضا صاحب الشأن .

- ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من هدد بافشاء أمر من الأمور التي تم التحصل عليها بأحدى الطرق المشار إليها لحمل شخص على القيام بعمل أو الامتناع عنه .

- ويعاقب بالسجن الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتماداً على سلطة وظيفته .

- ويحكم في جميع الاحوال بمصادرة الاجهزة أو غيرها مما يكون قد أستخدم في الجريمة أو تحصل عنها ، كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عن الجريمة أو إعدادها . وتقتضى دراسة هذه الأحكام أن ينقسمها الى ثلاثة مباحث .

(١) المبحث الاول : جريمة استماع أو تسجيل أو نقل المعاديات الخاصة .

ب) التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أيما كان نوعه صورة شخص في مكان خاص .

- فإذا صدرت الأفعال المشار إليها في الفقرتين السابقتين أثناء اجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين في ذلك الاجتماع فإن رضا هؤلاء يكون مفترضاً .

- ويعاقب بالحبس الموظف العام الذي يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتماداً على سلطة وظيفته .

- ويحكم في جميع الاحوال بمصادرة الاجهزة وغيرها مما يكون قد أستخدم في الجريمة كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عنها أو أعدامها .

وتنص المادة ٣٠٩ مكرر ١

"يعاقب بالحبس كل من أذاع أو سهل اذاعة أو استعمل ولو في غير علانية تسجيلاً أو مستنداً متحصلاً عليه بأحدى الطرق المبينة بالمادة السابقة أو كان ذلك بغير رضا صاحب الشأن .

- ويعاقب بالسجن مدة

- والحديث عبارة عن كل صوت له دلالة التعبير عن مجموع من المعاني والأفكار المترابطة . فإذا كان هذا الصوت فاقده الدلالة على أى تعبير كالمهمة والصيحات فلا يعد حديثا . أمّا مستوى بعد ذلك أن تكون هذه الدلالة مفهومة لجمهور الناس أو لفئة محدودة منهم ومستوى أن يعبرى بلغة أو يدور بالشفرة اذ الشفرة فى حقيقتها لغة .

- وعلى ذلك لا يعد حديثا الصوت الذى وأن أعطى دلالة فلا يعطى دلالة التعبير عن مجموع من المعانى والأفكار المترابطة كاللحن الموسيقى .

- وعبر المشرع عن الحديث الخاص بقوله " معادئسات جرت فى مكان خاص أو عن طريق التليفون " وهذا معناه أن المشرع المصرى اعتبر الحديث خاصا إذا أجرى فى مكان خاص أو عن طريق التليفون . وأنه لم يأخذ بموضوع الحديث كمعيار لتحديد طبيعته . وأما يتخذ من مكان حدوثه قرينة لا تقبل اثبات العكس على

طبيعته . فيكون الحديث خاصا إذا جرى فى مكان خاص أو فى التليفون ولوتناول موضوعا عاما لا علاقة له بالحياة الخاصة لقائله . ويعتبر الحديث عاما إذا جرى فى مكان عام ولو تناول أخص شئون قائله وأسراره . وهو معيار يتسم بالوضوح . كما أن له ما يبرره وهو أن الحديث الذى يلقى به الشخص فى مكان عام يكون متاحا لكل سماعه ولا يمثل تسجيله أو نقله عدوان على الحياة الخاصة لقائله ولو تناول أخص أسراره .

ويلاحظ أن المشرع قد وضع قرينة مطلقة أضفى عليها الصفة الخاصة على كل حديث تم عن طريق التليفون .

ثانياً : وأن المشرع قد جرم صورتين :

الصورة الاولى : فعل التصنت والتسجيل والنقل عن طريق جهاز من الأجهزة ايا كان نوعه

فيلزم لقيام الجريمة أن تتحقق أحد الأفعال الآتية :

١) التصنت أو استراق

السمع أى الاستماع الى حديث خلسة .

- أما التسجيل فيقصد به حفظه على الاشرطة المخصصة لذلك والتى يتم بواسطتها إعادة الاستماع اليه .

- والنقل يقصد به نقل الحديث من المكان الذى يدور فيه الى مكان آخر بواسطة أجهزة أستماع أو ميكروفونات .

٢) وأن تكون هذه الافعال قد تمت عن طريق جهاز من الأجهزة ايا كان نوعه . أى أن المشرع قد ترك الباب مفتوحا لأن التقدم العلمى لا يتوقف . وحسب ماقد يصل اليه العلم فى المستقبل .

- ويرى الاستاذ الدكتور محمد زكى أبو عامر أن التصنت أو استراق السمع يتم عن طريق استخدام الاذن وحدها دون حاجة الى الاستعانة بأى جهاز . واعتبر أن من يرتكب فعل استراق السمع وحده مرتكب لجريمة المسادة ٣٠٩ مكرر .

- على عكس ما يقول به

الاستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى ونحن نتفق مع هذا الرأى لأنه يعبر عن رغبة المشرع . والتطبيق الصحيح لاحكام المادة ٣٠٩ مكرر لأنها اشترطت فى الركن المادى لهذه الجريمة أن يتم فعل استراق السمع والتسجيل والنقل عن طريق جهاز من الأجهزة أيا كان نوعه، ومن المعلوم أن أذن الانسان لا توصف بالجهاز إنما هى حاسة من الحواس وهذا ما لم يقصده الشارع . وأن المشرع لم يقصد تحريم حالة استراق السمع بطريق الاذن . رغم مخالفة ذلك لقواعد الاداب العامة ومخالفة ذلك لاحكام الشريعة الإسلامية .

والصورة الثانية : التقاط او نقل الصورة :

والمقصود بالصورة هو كل امتداد ضوئى لجسم امتدادا يدل عليه . وقد يكون شيئا كصورة شئ أو مستند .

- ولا يحى القانون فى جريمة المادة ٣٠٩ مكرر الا صور الاشخاص .

أما صور الاشياء ولو كانت

مستندات بالغة الاهمية فلا يعيبها القانون بهذا النص . - وأعتبر المشرع صورة الشخص كحديثه الخاص . من الامور التى تدخل فى حياته الخاصة . وقدر جدارتها بالحماية الجنائية من الحصول عليها بغير رضا صاحبها .

- وأعتبر المشرع المصرى أن الصورة تكون خاصة اذا التقطت أو نقلت من مكان خاص . بينما تكون عامة اذا التقطت أو نقلت من مكان عام ولو كان فى وضع لا يريد لغيره أن يطلع عليه وهى تفرقة سبق أن تعرضنا لها بصدد الحديث .

فمناطق الحماية هو وجود الانسان فى مكان خاص .

- وتقوم الجريمة بفعل الالتقاط أو النقل . أى يكفى تحقق أيهما لقيام الجريمة .

- والالتقاط فى اللغة :

الأخذ من حيث لا يحس . والتقاط الصورة المحقق لمعنى أخذها يعنى تثبيتها على مادة حساسة . " نيجاتيف " ومجرد

التقاط الصورة أى بمجرد تثبيتها يتحقق الركن المادى للجريمة . لذا تقع الجريمة تامة فى ركنها المادى حتى ولو لم يكن باستطاعة الجانى فنياً معالجة النيجاتيف كيميائياً لاطهار الصورة الكامنة . أو لا ينتسب الجانى ذلك . ولا يؤثر فى قيام الجريمة أن يجرى بعد التقاطها تشويها أو وضع رتوشا على النيجاتيف ليضفى على الصورة مظهراً هنئياً أو مغايراً .

- ونقل الشئ فى اللغة : تحويله من موضع الى موضع . ويعنى نقل صورة الشخص تحويلها أو ارسالها من مكان تواجد الى مكان آخر عاماً كان أم خاصاً بحيث يتمكن الغير من مشاهدة قسما شكله وما يأتية من حركات وأفعال .

- وبذا ينطوى نقل الصورة على معنى التقاطها ونقلها متزامنين . واشترط الشارع أن تكون الصورة قد أخذت . أو نقلت بواسطة آلة أيا كانت .

- ومؤدى ذلك أن التجسس

وشروطه يقع حسب القاعدة العامة للآليات فى المواد الجنائية على عاتق سلطة الاتهام أو المدعى بالحق المدنى .

- ولقد أقامت المادة ٣٠٩ مكرر قرينة على الرضا بما نصت عليه من أنه إذا كان التقاط أو نقل الصورة قد تم أثناء اجتماع على مرأى وسميع من الحاضرين فى ذلك الاجتماع فإن رضا هؤلاء يكون مفترضا .

- غير أن أكثر الفقه أجمع على أن هذه القرينة بسيطة تقبل أدبيات العكس . فافتراض الرضا لا يكون له محل إذا التقطت الصورة فى غفلة من الحاضرين فى الاجتماع أو بعضهم . أو إذا تم يكن باستطاعة أحدهم التعبير عن اعتراضه خشية سطوة المتهم .

الركن المعنوى:

سنتكلم عن هذا الركن عند حديثنا عن الركن المعنوى فى جريمة المادة ٣٠٩ مكرر

القسم الثالث: جريمة استعمال

مادياً فى النموذج القانونى للجريمة .

- وأعتبار الرضا معدماً للركن المادى للجريمة أمر يفرضه طبيعة فكرة الخصوصية المستهدف حمايتها فليس مقبولا من قبل صراحة أو ضمناً تدخل الغير فى حياته الخاصة أن يدعى المساس بحرمتهما .

- ويرى أستاذنا الدكتور / محمود نجيب حسنى أن رضا المجنى عليه يعد سبباً للإباحة .

- ويشترط فى الرضا المعدم للركن المادى أن يكون معاصراً لفعل التفتت أو التسجيل أو الالتقاط أو النقل فإن كان سابقاً تعين أن يظل قائماً حتى لحظة وقوعها . أما الرضا اللاحق فلا ينفى قيام الجريمة فى القانون المصرى .

- كما يلزم أن يصدر الرضا عن صاحب الحق أو من يمثله قانوناً عن حرية وأدراك لدى وآثار رضائه . ويستوى أن يكون صريحاً أو ضمناً .

- وعيب أدبيات صدور الرضا

أو التلصص بالرؤية على شخص فى مكان خاص لا تقوم به الجريمة . وكذلك لا يقع تحت طائلة هذا النص رسم صورة شخص مهما بلغت دقتها أو نحتها . . لأن الأداة المستخدمة هنا لا تعد من قبيل الأجهزة التى حددها النص إنما هى مجرد أدوات .

- ولا أهمية لنوع الجهاز فيستوى أن يكون آلة تصوير فوتوغرافى أو كاميرا أو جهاز للتصوير التلفزيونى . . " أيا كان نوعه . ويمكن أن يندرج تحته كافة المستحدثات التكنولوجية فى هذا المجال .

- كما يستوى أن يكون مكان وجود الجهاز عاماً أو خاصاً .

ثانياً : أن يكون ارتكاب هذه الأفعال بغير رضا المجنى عليه

تطلب الشارع المصرى لقيام جريمة المادة ٣٠٩ مكرر أن تكون هذه الأفعال قد وقعت بغير رضا المجنى عليه . ومن هنا كان عدم الرضا عنصراً

التسجيل أو المستند أو الاحتفاظ أو إنشاء محتوياته (٣٠٩ مكرر أ . ع) نصت المادة ٣٠٩ مكرر أ فى القانون المصرى على عقوبة الحبس :

" كل من أذاع أو سهل اذاعة استعمل ولو فى غير علانية تسجيلاً أو مستنداً متحصلاً عليه بأحدى الطرق المبينة بالمادة السابقة أو كان ذلك بغير رضا صاحب الشأن ويعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات كل من هدد بإفشاء أمر من الامور التى تم التحصل عليها بأحدى الطرق المشار اليها لحمل شخص على القيام بعمل أو الامتناع عنه . ويعاقب بالسجن الموظف العام الذى يرتكب أحد الافعال المبينة فى هذه المادة اعتماداً على سلطة وظيفته " .

- ولاشك أن هذا التجريم من قبل المشرع له ما يبرره . فإن الجانى لا يقدم على إنتهاك حرمة الحياة الخاصة للغير لمجرد الفضول وحب الاستطلاع . بل يستهدف أكثرهم الاستفادة من

وراء ذلك بطريقة أو بأخرى . ابتداء من النشر بقصد الحصول على ربح مادى أو منفعة الى حد التهديد فيما بعد بالإفشاء . ولما كانت هذه الجريمة ناجحة

عن جريمة أخرى سبق أقترافها أى جريمة المادة ٣٠٩ مكرر عقوبات . كان معنى ذلك ربط تجريم أستغلال تسجيلات الاحاديث أو التقاط الصور عن طريق الافعال المقررة فى الجريمتين السابقتين . وبعبارة أوضح فإنه لقيام جريمة المادة ٣٠٩ مكرر (أ) يفترض توافر شروط سابقة على قيامها وشروط لاحقة على قيامها . ويمكن أن تطلق على الأولى الشروط المفترضة للجريمة .

- وأن كان التعريف بالشروط المفترضة للجريمة ليس موضوع هذه الدراسة الا أننا سنوجز فى أياضها بما يقيد فى هذه الدراسة .

الشروط المفترضة :

تمثل هذه الشروط فى العناصر القانونية السابقة على

تنفيذ الجريمة (سلبية كانت هذه العناصر أو ايجابية) والتى يتوقف عليها وجود أو إنتفاء الجريمة حسب الوصف المقرر لها فى نص التجريم . بحيث اذا تخلفت هذه الشروط خضعت الواقعة المرتكبة لنص تجريم آخر لا يستلزم توافر هذه الشروط .

- مثال أن يتطلب المشرع صفة معينة فى مرتكب الجريمة مثل صفة الموظف العام فى جريمة اختلاس الاموال العامة وصلة الطبيب فى جريمة الاجهاض . وأن يكون المالح المستولى عليه مملوكاً للغير فى جريمة النصب.

- وقد تكون الشروط المفترضة متمثلة فى واقعة قانونية سواء مدنية أو جنائية : ومن أمثلة الشروط المفترضة المتمثلة فى واقعة مدنية يذكر الفقه وضع اليد القانونى بالنسبة لجريمة أنتهاك حرمة ملك الغير (م/ ٣٦٩ وما بعدها) .

ومن أمثلة الشروط المفترضة المتمثلة فى واقعة جنائية أن يشترط المشرع لقيام الجريمة سبق

وقوع جريمة أخرى تعتمد عليها وتستمد منها بعض عناصرها .

مثال ذلك جريمة أخفاء الاشياء المتحصلة من جنائية أو جنحة (م ٤٤ مكرع) .

- وقد تكون الشروط المفترضة متمثلة في صفة قانونية أو مادية وقد تعلق بفاعل الجريمة أو بالمجنى عليه أو بحمل الجريمة .

- والشروط المفترضة إذا مركز قانوني يختلف عن أركان الجريمة القانونية . عن النموذج القانوني للجريمة . وأنه سابق على وقوع الجريمة .

- وبالنسبة لجريمة المادة ٣٠٩ مكرر وهي تجرم إستغلال التجسس أمر مرتبط بوجود تسجيلات أحاديث أو التقاط صور عن طريق واحد من الأمور المنصوص عليها في المادة ٣٠٩ مكرر .

- وهذا يعنى أن جريمة المادة ٣٠٩ مكرر لا تقوم إلا إذا كانت المحادثات أو الصور المأخوذة أو المسجل إذاعتها أو

المستعملة قد تم الحصول عليها وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة ٣٠٩ مكرر . إذا أن هذه الجريمة (٣٠٩ مكرر) تفترض توافر كافة شروط الجريمتين السابقتين .

- ويترتب على ذلك أنه إذا كان قد تم التقاط الصورة أو تسجيل الاحاديث برضاء المجنى عليه . فإن جريمة مادة ٣٠٩ مكرر لا تقع . لأنها تكون قد فقدت شرطاً من الشروط المفترضة التي يجب تحققها .

أركان جريمة م ٣٠٩ مكرر ١:
الركن المادى :

- حدد المشرع النشاط الاجرامى فى عناصر ثلاثة هي الاذاعة أو تسهيل الاذاعة أو الاستعمال ولو فى غير علانية .

- وتعنى الاذاعة لغة النشر والاظهار . ومن ثم فهى تفترض بطبيعتها العلانية . وتحقق بتمكين عدد غير محدود من الناس من العلم أو الاطلاع على محتوى المستند أو التسجيل سواء تعلق بحديث

أو صورة .

- وتسهيل الاذاعة يراد تيسرها . ويتحقق بتقديم العون والمساعدة أيا كانت صورتها الى من يقوم بالاذاعة .

- أما الاستعمال فيقصد به استخدام التسجيل أو المستند لتحقيق غرض ما . وله فى هذه الجريمة ذات مدلوله فى جريمة استعمال المحصرات المزورة . ولا يشترط الشارع أن يتم الاستعمال علناً . فتقع الجريمة حتى ولو كان الاستعمال فى غير علانية . أما التهديد بالانشاء فقد تطلب المشرع المصرى لقيام هذه الجريمة أن ترد على موضوع قوامه أمر من الأمور التى تم التحصل عليها بأحدى الطرق التى نصت عليها المادة ٣٠٩ مكرر .

- وينفى لهذه الجريمة كذلك ركن مادى قوامه التهديد بالإنشاء ويعنى بالتهديد الضغط على ارادة المجنى عليه عن طريق الوعيد بشر معين سوف يصيبه .

- ولا عبرة أيضا بالغايات التي يستهدفها الفاعل . فقد يكون مدفوعا به باعث الشفقة أو الرغبة في خدمة السلطة مثلا . وقد تكون غايته إيذاء المعتدى عليه أو الرغبة في خدمته . ولا يؤثر في ذلك كله في وجود القصد أو انتقائه .

مدى مشروعية الدليل الناتج عن استخدام الأجهزة العلمية في استراق السمع

يذهب الرأي الراجح فقهاً وفي القضاء المصري الى أن الدليل الناتج عن تسجيل الحديث أو نقله أو استراق السمع غير مشروع . استناداً الى أن المادتين ٣٠٩ مكرر ، ٣٠٩ مكرر أ عقوبات قد أوضحت ضرورة محو التسجيلات المتحصلة عن استخدام تلك الوسائل مما يوضع بجلاء لا يدع مجالاً للشك رغبة المشرع الأكيدة في ضرورة استبعاد كل أثر للدليل غير المشروع الناتج عن استخدام أى وسيلة للمسارقة السمعية أو البصرية .

مع العلم بكافة العناصر التي يتطلبها ركنها المادى كأن يعلم المتهم بمصدر الحصول على التسجيل أو المستند وأن من شأن نشاطه إذاعته أو تسجيل إذاعته أو استعماله .

ولا تقوم الجريمة بالعلم اللائق على ارتكاب فعل التسجيل أو الاذاعة أو الالتقاط .

- أما الاستعمال فيظل مشروعاً طالما كان علم المستعمل بمصدر الحصول على التسجيل أو المستند منتفياً . فاذا توافر علمه بذلك في فترة لاحقة ثم استمر في الاستعمال قامت جريمة الاستعمال في حقه .

وعلى هذا الاساس فان القصد الجنائى فى سائر جرائم الاعتداء على الحرية الشخصية يتحقق بارادة التصرف مع العلم بعدم مشروعيته على النحو السابق . فان توفر القصد فلا أهمية فى القانون للبراعث التى دفعت الفاعل الى ارتكابه هذا الفعل .

ويتمثل الشر هنا فى عملية الافشاء التى غالباً ما تكون منطوية على أمر فيه ما يشير الى شخص المجنى عليه . ويستوى فى ذلك أن يكون شقوياً أو كتابياً .

- على أنه اذا كان التهديد كتابياً وكان موضوعه أمر من الامور التى تخدش الشرف . فان هذا ينطوى على تعدد معنوى بين هذه الجريمة (م ٣٠٩ مكرراً) والجريمة المنصوص عليها فى المادة (٣٢٧ ع) وبوقوع على المتهم أشد العقوبات .

- الركن المعنوى : فى جرائم المادتين ٣٠٩ مكرر ، ٣٠٩ مكرراً .

- يلزم وفقاً للقواعد العامة حتى تقوم المسؤولية الجنائية عن إحدى جرائم الاعتداء على الحرية الشخصية توفر الركن المعنوى للجريمة .

- ويقوم القصد الجنائى بانصراف ارادة الفاعل الى ارتكاب الفعل المشكل للجريمة

- وقاعدة مشروعية الدليل
فى قواعد الاثبات فى المواد
الجنائية تستلزم عدم قبول أي
دليل ثم الحصول عليه بطريق
غير مشروع .

ولا يجوز للقاضى الجنائى
الاستناد اليه كدليل اذانة .
(راجع فى ذلك البحث المنشور
فى العدد سنة ١٩٩٠ عن
مشروعية مراقبة المحادثات
التليفونية) .

- والخلاصة أن التسجيل ،
والتنصت أو الالتقاط بغير
أجراء غير مشروع بما يستتبع
حتمًا بطلان الدليل المستمد منه
وعدم جواز قبوله فى الاثبات
إذا كان مشكلا لجرمة فى
مفهوم المواد ٣٠٩ مكرر ،
٣٠٩ مكرر أ .

رأى الباحث:

- أن المشرع المصرى قد
تدخل فى مجال حماية
الاعتداء على الحياة الخاصة
فجرم كثير من الافعال . لم
تكن تقع فى دائرة التجريم .

- ولقد نقل المشرع المصرى

عن المشرع الفرنسى هذه الجرائم
فالمواد ٣٠٩ مكرر ، ٣٠٩
مكرر أ تقابل المواد ٣٦٨ ،
٣٦٩ من قانون العقوبات
الفرنسى .

- ولكن المشرع الفرنسى قد
جرم بنص الافعال التى لم يأخذ
بها المشرع المصرى ونرى أنه
يجب العمل على اتساع نطاق
تجريم الافعال التى تعتبر
اعتداء على حرمة الحياة
الخاصة . وهى :

أولاً: جريمة تضييع واستيراد
وتوزيع الاجهزة التى تستعمل
فى تحقيق عمليات تعد انتهاكا
للحياة الخاصة . وبدون الحصول
على ترخيص مسبق . ولقد نص
عليها المشرع الفرنسى فى المادة
(٣٧١ من قانون العقوبات
الفرنسى) .

ثانياً: جريمة نشر المونتاج بأى
وسيلة كانت بالكلام أو بالصورة
بغير رضا صاحبه .

وهى التى نص عليها
المشروع الفرنسى فى المادة
٣٧٠ من قانون العقوبات

الفرنسى .

ثالثاً: نرى تعديل نص المادة
٣ من قانون الاجرامات الجنائية
. بأضافة المواد ٣٠٩ مكرر ،
٣٠٩ مكرر أ عدا الفقرة الثانية
من المادة الأخيرة .

- لان القانون أورد عدداً من
القيود على حرية النيابة فى
تحريك الدعوى الجنائية عن
بعض الجرائم سواء بسبب
طبيعتها أو لصفة المتهم
بارتكابها . وهى قيود من
شأنها أن تغل يد النيابة عن
التصرف فى أمر الدعوى
الجنائية . الا بموافقة جهة معينة
أو شخص محدد . فتعود للنياية
العامة حرمتها وقمارس سلطتها
فى أمر الدعوى الجنائية .

- وهذه الموافقة تأخذ شكل
الشكرى أو صدور طلب كتابى
من جهة معينة أو الحصول على
أذن من جهة معينة .

- وترجع العلة وراء منح جهة
معينة أو شخص محدد سلطة
الموافقة على مباشرة النيابة
للدعوى الجنائية الى أن هذه

الجهة أو هذا الشخص يكون في موقع هو أقدر فيه على تقدير ما إذا كان من صالح المجتمع المطالبة بتطبيق أحكام القانون الجنائي أم التفاضى عن تلك المطالبة .

- والجرائم التى حددتها المادة ٣ أجراءات جنائية التى يوجب القانون تقديم المجنى عليه لشكوى عنها حتى تسترد النيابة العامة خريتها فى مباشرة الدعوى الجنائية . (هذا بالإضافة الى ما قد تنص عليه القوانين الجنائي الأخرى من جرائم) جريمة القذف (٣٠٣ع) وجريمة السب (٣٠٦ع) وجريمة القذف والسب بطريق النشر (٣٠٧ع) وجريمة القذف والسب المنطوية على طعن فى الاعراض أو خدش لسمعة العائلات (٣٠٨ع) جريمة زنا الزوج (٢٧٧ع) جريمة زنا الزوجة (٢٧٤ع) وجريمة ارتكاب أمر مغل بالحياء مع امرأة ولو فى غير علانية (٢٧٩ع) وجريمة الامتناع عن دفع النفقة (٢٩٣ع) وجريمة

الامتناع عن تسليم الصغير (٢٩٢ع) .

- وقد أوردت بعض القوانين الجنائية الأخرى قيود الشكوى فى بعض جرائمها مثل المادة ٣١٢ عقوبات . خاص بجريمة السرقة بين الاصول والفروع والازواج . - ولما كانت جرائم المواد ٣٠٩ مكرر (أ) عقوبات تتفق فى طبيعتها مع الجرائم التى نص عليها المشرع فى المادة ٣ من قانون الاجراءات الجنائية . لذلك نناشد المشرع الاجرائى فى ادخال المواد ٣٠٩ مكرر ، ٣٠٩ مكرر (أ) فى عجز المادة ٣ من قانون الاجراءات . بعدم جواز تحريك الدعوى الجنائية فى هذه المواد الا بعد تقديم الشكوى من المجنى عليه .

- ولقد أستثنينا الفقرة الثانية من المادة ٣٠٩ مكرر أ التى تعاقب علي جريمة التهديد بافشاء أمر من الأمور التى تم التحصل عليها باحدى الطرق المشار اليها فى المادة ٣٠٩ مكرر ، ٣٠٩ مكرر أ لحصل

شخص على القيام بعمل أو الامتناع عنه حتى لا يستفيد الجانى فى هذه الجرائم من القيد الوارد فى الفقرة الثانية من المادة ٣ أجراءات جنائية الخاص بانقضاء الحق فى الشكوى بمضى مدة الثلاث شهور من يوم علم المجنى عليه بالجريمة ومتركبها . ويعنى آخر رأينا إستثناء هذه الفقرة من المادة ٣٠٩ مكرر أ حتى لا يستفيد الجانى من القرينة القانونية التى تستفاد من سكوت المجنى عليه عن الشكوى بعد مضى ثلاث شهور من تاريخ علمه بالجريمة ومتركبها .

- لان الحكمة من ورود هذه القرينة القانونية حتى لا يتخذ المجنى عليه من حق الشكوى اذا أستمر أو تأيد سلاحاً للتهديد والابتزاز هى ذاتها موضوع الجريمة الواردة فى الفقرة الثانية من المادة ٣٠٩ مكرر (أ) وهى التهديد بالإفشاء فلا يستساغ أن يستفيد الجانى من هذه القرينة القانونية .

المراجع

- ١-٥ / محمود نجيب حسنى
شرح قانون العقوبات - القسم الخاص . جرائم الأعتاء على
الأشخاص سنة ١٩٧٨ .
- ٢-٥ / احمد قنصى سرور
الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية .
- ٣-٥ / نعيم عطية
حق الأفراد فى حياتهم الخاصة المنشور فى مجلة إدارة قضايا الدولة
السنة ٢١ .
- ٤-٥ / احمد كامل سلامه
الحماية الجنائية لأسرار المهنة .
- ٥-٥ / ممدوح خليل بحر
حماية الحياة الخاصة .
- ٦-٥ / سامى الحسينى
النظرية العامة للتفتيش .
- ٧-٥ / رؤوف عبيد
مبادئ الإجراءات الجنائية .
- ٨-٥ / عادل غانم
كشف الجريمة بالوسائل العلمية الحديثة - المنشور فى الأفاق الحديثة
فى تنظيم العدالة الجنائية المركز القومى للبحوث سنة ١٩٧١ .
- ٩-٥ / حامد راشد
الحماية الجنائية للحق فى حرمة المسكن .

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

١٠-٥٥ / غنام محمد

الحماية الجنائية لأسرار الأفراد لدى الموظف العام .

١١-٥٥ / هشام محمد فريد

الحماية الجنائية لحق الإنسان في صورته .

١٢-٥٥ / محمد زكى أبو عامر

الحماية الجنائية للحريات الجنائية .

١٣-٥٥ / محمود محمود مصطفى

شرح قانون الإجاءات الجنائية .

الاثبات في المواد الجنائية .

شرح قانون المقربات القسم الخاص .

١٤-٥٥ / يسر أنور على

الإثبات الجنائى ووسائل التحقيق العلمية .

محاضرات الدبلوم سنة ١٩٧٩

١٥-٥٥ / ادوار شالى

التعدى على سرية المراسلات - مجموعة بحوث قانونية .

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

المراجع

جرائم الإمتناع الماسة بنظام الأسرة

السيد الأستاذ
عبد الفتاح مراد
رئيس محكمة الاسكندرية

تمهيد وتقسيم :

سوف نعرض فيما يلى
لجرائم الإمتناع الماسة بنظام
الأسرة وذلك فى الفصول
التالية (١) .

الفصل الأول : جريمة الإمتناع
عن تسليم الصغير لمن له الحق
فى حضنته .

الفصل الثانى : جريمة الإمتناع
من دفع النفقة المحكوم بها .

الفصل الثالث : الأصول
الاجرائية لجرائم الإمتناع الماسة
بنظام الأسرة .

الفصل الرابع : التعويض عن
الأضرار المادية والمعنوية فى
جرائم الإمتناع الماسة بنظام
الأسرة .

الفصل الأول

جريمة الإمتناع عن تسليم
الصغير

لن له الحق فى حضنته

أولاً : النصوص القانونية : -

تنص المادة ٢٨٤ عقوبات
على أن " يعاقب بالحبس أو
بغرامة لا تزيد على خمسمائة
جنيه مصرى كل من كان متكفلاً
بطفل وطلب منه من له الحق فى
طلبه ولم يسلمه اليه " .

كما تنص المادة ٢٩٢
عقوبات أيضاً على أن " يعاقب
بالحبس مدة لا تتجاوز سنة
بغرامة لا تزيد على خمسمائة
جنيه مصرى أى الوالدين أو
الجدين لم يسلم ولده الصغير أو
ولد لده الى من له الحق فى
طلبه بناء على قرار من جهة
القضاء صادر بشأن حضنته أو
حفظه وكذلك أى الوالدين أو
الجدين لم يسلم ولده الصغير أو
ولد ولده الى من له الحق فى
طلبه بناء على قرار من جهة
القضاء صادر بشأن حضنته أو
حفظه وكذلك أى الوالدين أو
الجدين حفظه بنفسه أو بواسطة

غيره ممن لهم بمقتضى قرار من
جهة القضاء . حق حضنته أو
حفظه ولو كان ذلك بغير تحايل
أو أكراه " .

وقد رفع المشرع الحد
الاقصى لعقوبة الغرامة فأصبح
خمسماية جنيه بدلاً من خمسين
جنيهاً . بموجب القانون رقم ٢٩
لسنة ١٩٨٢ الصادر فى
١٤/٤/١٩٨٢ ونشر فى
٢٢/٤/١٩٨٢ .

ثانياً : (مكان الجريمة) :
سوف نعرض فيما يلى لاركان
الجريمة المنصوص عليها فى
المادتين ٢٨٤ ، ١٩٢ وهى
جريمة الإمتناع عن تسليم
الصغير لمن له الحق فى
حضنته .

١ - **الركن المادى :** تعتبر هذه
الجريمة من الجرائم المستمرة
استمراراً متتابعاً أو متجدداً
بخلاف الجريمة المستمرة
استمراراً فإن الأمر المعاقب

يتحصل في أن حضانة الصغير الذي لم يبلغ أقصى سن الحضانة تكون ثابتة للأم ثبوتاً فرضياً بحكم القانون بمقتضى المادة عشرين منه وأن هذه الأحكام من النظام العام وأن على من ينازع الأم هذا الحق هو الذي يتعين عليه اللجوء إلى سلوك الطريق القانوني برفع الدعوى بضم الصغير إليه إذا ما توافرت حالة من حالات إسقاط الحضانة وذلك كله رعاية لصالح الصغير باعتبار أن الحضانة يغلب فيها حق الصغير الأولى بالرعاية من النيابة المختصة بحماية القصر خاصة وأن القول بغير ذلك يؤدي إلى عدم استقرار الصغير وهو الهدف الأكبر من أهداف التشريع الجديد .

كما . أن الأحكام الصادرة بإنتقال الحضانة أو بضم الصغير إلى أمه تكون نافذة فوراً حتى مع الطعن عليها بطرق الطعن المقررة عملاً بالمادة (٣٤٥) من اللائحة الشرعية كما أنها تنفذ بالقوة الجبرية عملاً بالمادة (٣٤٥) من اللائحة الشرعية (١) أما الحكم بضم الصغير إلى غير

ويشترط لقيام الركن المادي للجريمة أن يكون هناك حكماً نهائياً بضم الصغير (٦) فإذا كانت الحضانة محل منازعة قضائية فلا جريمة جنائية (٧) وتكون المنازعة قائمة طالما لم يصح الحكم بالحضانة أو بضم الصغير نهائياً بعد .

والنصر لا ينطبق في حالة الامتناع عن تسليم الصغير لرؤيته تنفيذاً لحكم رؤية فهو قاصر على تسليم الصغير لحضانتها لمن له الحق فيها (٨) .

ومن المشكلات العملية التي تثار بمناسبة الحضانة والنزاع عليها قيام الزوج الأب عند خلافه مع زوجته الأم باحتجاز الصغير ورفض تسليمه إليها وقد جرى العمل لدى نيابة القاهرة للأحوال الشخصية على السماح للأم بالتقدم بطلب إصدار الأمر بتسليمها الصغير حيث جرى العمل على أن تصدر لها نيابة الأحوال الشخصية المختصة محلين أمراً مشمولاً بالنفذ الجبري بتسليمها الصغير تحت أي يد كانت ، وسند هذا الاتجاه

عليه فيها يبقى ويستمر بغير حاجة إلى تدخل جديد من جانب الجاني (٣) وعلى ذلك في حالة الجريمة المستمرة أستمراً متتابعاً فمحاكمة الجاني لا تكون إلا عن الأفعال أو الحالة الجنائية السابقة على رفع الدعوى أما فيما يتعلق بالمستقبل فتجدد إرادة الجاني في استمرار الحالة الجنائية يكون جريمة جديدة يصح معاقبته من أجلها مرة أخرى ولا يجوز له التمسك عند المحاكمة الثانية بسبق الحكم عليه (٤) .

والغارق بين المادتين ٢٨٤ و ٢٩٢ أن الأولى تشمل أي شخص سواء من الأقارب أو الغير يكون متكفلاً بطفل أما جريمة المادة ٢٩٢ فتقتصر على أن يكون الطفل بيد أي من الوالدين أو الجدين فقط .

والأصل أن الحضانة تكون لمن له الحق فيها شرعاً فإذا أخذها الآخر (الأب أو الأم) ولم يقدم حكماً باستناد الحضانة إليه أنطبقت المادة ٢٨٤ عقوبات عليه (٥) .

رابعة: القواعد القانونية التي
قررتها محكمة النقض
بشأن تسليم الصغير لمن له
الحق في حضنته :

(أ) أحكام الدائرة الجنائية
بشأن الامتناع عن تسليم
الصغير قضت محكمة النقض
الدائرة الجنائية :

بأنه إذا انكر المتهم بالجريمة
المصوص عليها في المادة ٢٤٦
ع صدور حكم بالحضانة فيجب
أن يشير الحكم القاضي بمعاقبته
على هذه الجريمة الى أن هناك
حكما قاضيا بضم الطفل الى
حضنته فإذا هو سكت عن
تجلية هذه النقطة الجوهرية ففي
سكوته أخلل بحق الدفاع فضلا
عما يترتب عليه من تعطيل حق
محكمة النقض في مراقبة صحة
تطبيق القانون على الواقعة
وذلك مما يعيبه ويبطله .

(جلسة ١٩٣٣/٥/١ ضمن رقم ١١١٧)

سنة ٣٢

كما قضت الدائرة الجنائية
في هذا الشأن : - بأن ادانة
الحكم المتهم بأنه لم يسلم ابنته
لوالدها لرؤيتها تطبيقا للفقرة

هو القصد الجنائي وهو قيام كل
من كان متكللاً بطفل بالامتناع
عن تسليم الطفل المتكفل به الى
من له الحق في طلبه .

ب - الركن المعنوي في جريمة
المادة ٢٩٢ من قانون العقوبات
هو القصد الجنائي وهو قيام أى
من الوالدين أو الجددين بالامتناع
عن تسليم ولده أو ولد ولده الى
من له الحق في طلبه بناء على
قرار من جهة القضاء .

ثالثا: العقوبة :

العقوبة على ارتكاب الجريمة
المصوص عليها في المادة ٢٨٤
عقوبات هي الحبس أو بغرامة لا
تزيد على خمسمائة جنيه
مصرى .

أما العقوبة على ارتكاب
الجريمة المنصوص عليها في
المادة ٢٩٣ عقوبات فهي الحبس
مدة لا تزيد على سنة وبغرامة
لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصرى
أو بأحدى هاتين العقوبتين
والجريمة الأخيرة من جرائم
الشكوى ولا ترفع الدعوى على
المتهم الا بناء على شكوى من
صاحب الشأن .

أمه كأبيه فلا يكون قابلا
للتنفيذ الا بعد صيرورته
نهائيا .

وإذا ما صار الحكم
بالضم نهائيا وامتنع من بيده
الصغير عن تسليمه يقوم فى
جانبه الركن المادى لجريمة المادة
٢٨٤ و ٢٩٢ عقوبات الا اذا
قام من بيده الصغير
بالاستشكال فى تنفيذه فيتعين
على النيابة العامة فى هذه
الحالة الانتظار دون تحريك
الدعوى الجنائية ضده حتى
يحكم فى الاستشكال
باعتبار أن الاستشكال
يوقف تنفيذ الحكم بضم الصغير
بمجرد رفعه حيث يخضع هذا
الاستشكال فى هذه الحالة الى
أحكام الاستشكالات الواردة
بقانون المرافعات (١١٠) .

وإذا اشتملت منازعة
الحضانة على عنصر أجنبى
أنطبقت أحكام المواد ٨٨٧ .
وما بعدها من قانون
المرافعات (١١١) .

٢ - الركن المعنوى :

أ - الركن المعنوى فى جريمة
المادة ٢٨٤ من قانون العقوبات

الاولى من المادة ٢٩٢ عقوبات - خطأ في تطبيق القانون - نص المادة مقصور على صدور قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حfylظة - لا يصح التفسير بشمول حالة الرؤية .

وأنه . اذا كان الحكم المطعون فيه قد دان المطعون ضده بتهمة أنه لم يسلم ابنته لوالدتها لرؤيتها تطبيقاً منه الفقرة الأولى من المادة ٢٩٢ من قانون العقوبات مع صراحة نصها ووضح عبارتها في كونها مقصورة على حالة صدور قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حfylظة بما لا يصح معه الانحراف عنها بطرق التفسير والتأويل الى شمول حالة الرؤية ، فان الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وفي تأويله بما يوجب نقضه والحكم ببراءة المطعون ضده مم أسند اليه .

(طعن رقم ١٥١ سنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢٧ ص ٢٣ ص ٤٨٣)

كما قضت الدائرة الجنائية بان أختلاف حق الحضانة أو الحفظ عن حق الرؤية سواء رؤية

الاب لولده وهي في حضانة النساء أو رؤية الام ولدها اذا كان مع ابيه أو غيره من العصبات .

يختلف كل من حق الحضانة أو الحفظ عن حق الرؤية سواء أكان رؤية الاب ولده وهو في حضانة النساء أم رؤية الام ولدها اذا كان مع ابيه أو مع غيره من العصبات .

(طعن رقم ١٥١ سنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢٧ ص ٢٣ ص ٤٨٢)

الحفظ عن حق الرؤية سواء أكان رؤية الاب ولده وهو في حضانة النساء أم رؤية الام ولدها اذا كان مع ابيه أو مع غيره من العصبات .

(طعن رقم ١٥١ سنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢٧ ص ٢٣ ص ٤٨٢)

كما قضت الدائرة الجنائية بان جريمة الفقرة الاولى من المادة ٢٩٢ عقوبات - مناط تطبيقها - صدور قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حfylظة وإمتناع أى من الوالدين أو الجدين عن تسليمه الى من له الحق في طلبه .

وقد جرى نص الفقرة الاولى من المادة ٢٩٢ من قانون العقوبات بان يعاقب بالمحبس مدة لا تتجاوز سنة أو بفرامة لا تزيد على خمسين جنيتها مصرياً أى الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولده الى من له الحق في طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حfylظة - فنطاق تطبيق هذا النص أن يكون قد صدر قرار من القضاء بشأن حضانة الصغير أو حfylظة وامتنع أى من الوالدين أو الجدين عن تسليمه الى من له الحق في طلبه بناء على هذا القرار .

(طعن رقم ١٥١ سنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢٧ ص ٢٣ ص ٤٨٣)

كما قضت الدائرة الجنائية بأنه من المقرر أن المحكمة غير ملزمة بالرد على الدفاع ظاهر البطلان والبعيد عن محجة الصواب كما أنها لا تلتزم بالرد صراحة على أوجه الدفاع الموضوعية لان الرد عليها مستفاد من الحكم بالادانة أستناداً الى أدلة الثبوت التي

أخذ بها ، وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه نقل عن مستندات المجنى عليها - التي لا يجادل الطاعن في صحتها - أن حكم الصغيرين . . . الصادر لصالح المجنى عليها في الدعوى رقم . . . أحوال شخصية بندر المنصورة قد تأيد استئنافها بالحكم الصادر في الدعوى رقم . . . أحوال شخصية مستأنف المنصورة وكان باقياً ما أثاره الطاعن من منازعة حول أحقية المجنى عليها في حضانة ولديها الصغيرين . . . لا يكون له محل بعد أن صدر في هذا الشأن حكم نهائي من جهة القضاء المختص بحسم هذا الأمر لصالحها ، ومن ثم فلا تثريب على الحكم المطعون فيه أن هو سكت عن هذا الدفاع - إيراداً له ورداً عليه - بما يفيد أن المحكمة لم تر فيه ما يغير من اقتناعها بما قضت به وما اطأنت إليه بما أورده من أدلة الثبوت في الدعوى ، ويكون منعى . الطاعن في هذا الخصوص غير سديد .

(طعن رقم ٨٢٢ لسنة ٤٩ ق - ق ١٨٣ ص ٨٥١ س ٢٠)

(ب) احكام دائرة الاحوال الشخصية بشأن دعاوى الضم والحضانة:

قضت دائرة الأحوال الشخصية لمحكمة النقض بأن الحضانة كاثرة للزواج - سريان القانون المصرى وحده عليها ، اذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاده ١٤ مدنى .

(نقض الطعن رقم ٧٥ سنة ٥٣ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٥٨/٣/١٩)

كما قضت بأن حضانة النساء للصغير تنتهى ببلوغ الصغير سن العاشرة والصغيرة سن اثنتى عشر سنة للقاضى بقاء الصغير حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج فى يد الحاضنة بدون آخر اذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك . مادة ٢٠ ق ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ .

(نقض الطعن رقم ٧٥ سنة ٥٣ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٨٥/٣/٢٩)

كما قضت بأن خلو الحاضنة من الزوج الأجنبى كشرط لصلاحيه الحضانة ، يخضع لتقدير القاضى له أن يبقى

الصغير فى يدها اذا اقتضت مصلحته ذلك اتقاء لأشد الأضرار بارتكاب أخفها .

(نقض الطعن رقم ٧٥ سنة ٥٣ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٨٥/٣/١٩)

كما قضت كذلك بأن : إذا كان يبين من الحكم السابق أن المطعون عليه أقام الدعوى ضد الطاعنة بطلب ضم الصغيرة اليه لبلوغها أقصى سن للحضانة وأنها أستغنت عن خدمة النساء فقضى الحكم برفض الدعوى استناداً الى أنه ثبت من الكشوف الطبية أن الصغيرة مصابة بمرض التبول اللاإرادى مما يجعلها فى حاجة لخدمة النساء وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه لم يستند فى قضائه الى سبب أستجد بعد صدور ذلك الحكم ، وإنما استند الى مجرد اهدار الدليل الذى أقام الحكم السابق قضاءه عليه دون أن تتغير الدواعى والظروف التى أدت الى اصداره فانه يكون قد ناقض قضاء الحكم السابق الذى صدر فى نزاع بين الخصوم أنفسهم وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً وحاز قوة

الأمر المقضى ، وهو ما يجيز الطعن فيه بالنقض رغم صدور من محكمة ابتدائية بهيئة استئنافية عملاً بالمادة ٢٤٩ من قانون المرافعات .

(نقض ١٩٨٠/٤٢٠ - ١٩٨٩)

وقد قضت دائرة الشخصية لمحكمة النقض بأن الأصل في الأحكام الصادرة في دعاوى الحضانة أنها ذات حجبة مؤقتة لأنها بما تقبل التغيير والتبديل بسبب تغير دواعيها ، إلا أن هذه الحجبة المؤقتة تظل باقية طالما أن دواعي الحضانة وظروف الحكم بها لم تتغير ، والحكم الذي ينكر هذه الحجبة يكون قد خالف القانون ويجوز الطعن فيه بالنقض عملاً بالمادة ٢٤٩ من قانون المرافعات متى كان الحكم قد حاز قوة الأمر المقضى .

(نقض ١٩٨٠/٤٢٠ - ١٩٨٩)

كما قضت بأنه متى كان الحكم قد نفى في أسباب سائقة عن الأم أهليتها لحضانة ولدا فان الجدال في ذلك لا يعذر أن يكون جدلاً موضوعياً في تقدير الحكم لتقتضيات حرمان الأم من

الحضانة مما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض .

(نقض ١٩٥٨/٧٢٧ - ص ٢٩)

كما قضت بأنه وإن كان بطلان إجراءات الخصومة لنقص أهلية أحد أطرافها هو مما يقع بحكم القانون إلا أنه بطلان نسبي مقرر لمصلحة من شرع الانقطاع لحمايته فيصح بنزوله صراحة أو ضمناً كما يسقط الحق في التمسك به إذا لم ييده الطاعن في صحيفة طعنه عملاً بنص المادة ١٠٨ من قانون المرافعات ولا يكون لمن نزل عنه أو أسقط حقه في التمسك به أن يعود للتمسك به كما لا يكون للمحكمة بعد إذ أن تقضى به من تلقاء نفسها (١٢) .

(نقض الطعن ٨٢٤ لسنة ٥٢ ق - ١٩٨٧/١/١٢)

الفصل الثاني

جريمة الإمتناع عن دفع

النفقة للمحكوم بها .

(أولاً : النص القانوني :

تنص المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات على ما يأتي : -

كل من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجته أو أقاربه أو أصفهائه أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن وأمتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصري أو بأحدى هاتين العقوبتين ، ولا ترفع الدعوى عيه إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن وإذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة فتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة .

وفي جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما تجب عليه في ذمته أو قدم كفيلاً يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة . "

ثانياً : التطور التشريعي لجريمة الإمتناع عن دفع النفقة المحكوم بها : -

وقد رفع الحد الأقصى للغرامة الى خمسمائة جنيه بدلاً من مائة جنيه ، بموجب القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ الصادر في ١٩٨٢/٤/٤ ونشــر

في ١٩٨٢/٤/٢٢ .

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية أن هذه المادة الجديدة أضيفت إلى هذا الباب للمعاقبة على جريمة هجر العائلة . وهي جريمة تعاقب عليها القوانين الحديثة وقد أدخلت في بلجيكا بالقانون الصادر في ١٩ من مايو سنة ١٩١٢ وفي فرنسا بالقانونين الصادرين في ٧ فبراير سنة ١٩٢٤ و ٣ من أبريل سنة ١٩٢٨ وفي إيطاليا بقانون العقوبات الصادر في ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٠ .

والنص الجديد يعاقب كل من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجته أو أقاربه أو صهاره أو أجرة حضانه أو رضاعة أو مسكن وأمتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور التنبيه عليه . ولما كانت هذه الجريمة مما يمس نظام الأسرة ويؤثر في الروابط العائلية فقد روى تعليق المحاكمة على شكوى صاحب الشأن . فيعترتب على ذلك أن يكون لصاحب الشأن بعد تبليغه عن الجريمة أن يعدل عن بلاغة ويتنازل عن شكواه في أية حالة كانت عليها

الدعوى ما دام لم تنته بحكم نهائي ويترتب على هذا التنازل سقوط الدعوى العمومية .

وقد فتح المشرع للمحكوم عليه باب الخلاص من العقوبة حتى بعد أن يصبح الحكم الصادر بها نهائياً فنص على أنه إذا أدى ما تجب عليه أو قدم كفيلاً يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة .

ثالثاً: أركان الجريمة :

١- الركن المادي :

الركن المادي في هذه الجريمة عبارة عن قيام من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بأن يقوم بدفع نفقة لزوجته أو أحد أقاربه أو أصهاره أو أجرة حضانه أو رضاعة أو مسكن وأمتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور التنبيه عليه بالدفع (١٢) .

٢- الركن المعنوي :

هو إمتناع الصادر ضده بحكم النفقة عن دفع مقدار النفقة مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع مع قدرته على الدفع .

ويجب التنبيه على الصادر ضده حكم النفقة بأن يدفع النفقة المستحقة ويكون ذلك شفوياً أو بانذار على يد محضر وهي واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات .

رابعاً: العقوبة :

نصت المادة ٢٩٣ عقوبات على معاقبة الممتنع عن دفع النفقة مدة لاتزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصرى أو بأحدى هاتين العقوبتين .

فإذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة فشكوى العقوبة الحبس مدة لاتزيد على سنة .

خامساً : القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض بشأن جريمة الامتناع عن دفع النفقة المحكوم بها

قضت محكمة النقض بأن مفاد نص المادة الأولى من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧ أن المشرع أقام شرطاً جديداً علق عليه رفع الدعوى الجنائية طبقاً لنص المادة ٢٩٣ ع

بالإضافة الى الشروط الواردة بها أصلاً بالنسبة للخاضعين فى مسائل النفقة لرعاية المحاكم الشرعية مقتضاء وجوب سبق الالتجاء اليها وأستنفاد الاجراءات المنصوص عليها فى المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيبها . وهذا الشرط متصل بصحة تحريك الدعوى الجنائية وسلامة اتصال المحكمة بها . ولذا يتعين على المحكمة من تلقاء نفسها أن تعرض له للتأكد من أن الدعوى مقبولة أمامها ولم ترفع قبل الاوان واذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قد قصرت أسبابه عن أستظهار تحقق المحكمة من سبق أستنفاد المدعية بالحقوق المدنية للاجراء المشار اليها فى المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قبل اللجوء اليها . بل انساق الى تقرير قانونى خاطئ ، هو أن لها دوماً الخيارين قضاء الاحوال الشخصية والقضاء الجنائى ، فانه فضلاً عن خطئه فى تطبيق القانون يكون مشوباً بالقصور .

(مجموعة أحكام القضاء
النقض السنة ٢٣ ص ١١٢٢

وقارب السنة ٧ ص ٣٢٨) .

كما قضت - كذلك - بأن المقصود من الاجراءات التى أشار اليها الشارع فى المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية هو حماية أحكام النفقة الصادرة من تلك المحاكم .

أحكام ١٩٥٦/٣/١٣)
القضاء النقض س ٧ ق ٩٨ ص (٣٢٧

الفصل الثالث

الاصول الاجرائية لجرائم الإمتناع الماسة بنظام الأسرة

- يجب تقديم شكوى فى جرائم الإمتناع الماسة بنظام الأسرة :- (١٤)
١- يجب تقديم شكوى من المحكوم له بحضانة الطفل فى جريمة الإمتناع عن تسليم الصغير :-

تنص المادة ٢٩٢ على أنه " يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة وبغرامة لا تزيد على خمسين جنيهاً مصرياً أى الوالدين أو الجدين من لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده الى من له الحق فى طلبه بناء على

قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه .

وكذلك أى الوالدين أو الجدين خطفه بنفسه أو بوساطة غيره ممن لهم بمقتضى قرار من جهة القضاء حق حضانته أو حفظه ولو كان بغير تحايل أو أكراه .

وتكون الشكوى فى هذه الحالة من المحكوم له بحضانة الطفل أو حفظه من جهة القضاء وتسرى عليها جميع الأحكام الخاصة بالشكوى .

والسبب فى تخويل من له الحق فى حضانة الصغير سلطة الاتهام هو الحفاظ على علاقة القرى والمصاهرة بين أقارب الصغير ، ذلك أن هذا الموضوع يس دائماً سمعة وأعتبر العائلات ويؤثر نفسياً على الصغير (١٥) .

٢ - يجب تقديم شكوى من صاحب الشأن فى جريمة الإمتناع عن دفع النفقة المحكوم بها :-

تنص المادة ٢٩٣ على أن كل من صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ يدفع نفقة لزوجته

الأسرة طبقاً للقواعد العامة وبالنسبة للتعويض عن الضرر المعنوى قبل صدور القانون المدنى الحالى ، لم يكن هناك نص فى القانون المصرى يقضى بالتعويض عن الضرر المعنوى (١٧) وبالرغم من عدم وجود نص ، فقد كان الفقه والقضاء مستقرين على تعويض الضرر المعنوى (١٨) حتى جاء القانون المدنى الحالى الذى حسم المسألة وأقر التعويض عن الضرر المعنوى فى المادة ١/٢٢٢ مدنى التى تقضى بمايلى: (يشمل التعويض الضرر المعنوى أيضاً) والتعويض يكون فى المسؤولية التقصيرية والعقدية ، لأن هذا النص وارد فى باب آثار الالتزام وقد قضت المحاكم المصرية بالتعويض عن الضرر المعنوى فى حالات كثيرة .

- وعلى ذلك فمن أصابه ضرر من جرائم الإمتناع الماسة بنظام الأسرة أن يدعى مدنياً أمام المحكمة الجنائية أو أمام المحاكم المدنية طبقاً للقواعد العامة . (١٩)

بجدة الفتح مواج

رئيس محكمة الاسكندرية

طبقاً لنصوص قانون الاجراءات . وقد منح القانون الجنائى مكنة ايقاف تنفيذ العقوبة بعد الحكم عليه نهائياً فى هذه الجريمة ومن باب أولى ايقاف اجراءات الدعوى قبل الحكم ، بأدائه ما تجدد فى ذمته من نفقة أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن أو يتقدمه كفيلاً يرتضيه صاحب الشأن .

وأنه ولو أن القانون لم يمنح صاحب الشكوى سوى النزول قبل الحكم الا أنه عملياً يمكنه أن يقبل كفيلاً للمحكوم عليه ولو فى الظاهرة فقط ، أو يعطى اقراراً بتسليمه التجمد ولو على غير الواقع فيوقف تنفيذ الحكم النهائى وهذا يعتبر فى الواقع ايقافاً للحكم بمعرفة المجنى عليه أيضاً .

الفصل الرابع

التعويض عن الاضرار المادية والمعنوية فى جرائم الإمتناع الماسة بنظام الأسرة :

يجوز طلب التعويض عن الاضرار المادية الناجمة عن جرائم الإمتناع الماسة بنظام

أو أقاربه أو اصهاره أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن وأمتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى أو باحدى هاتين العقوبتين ، ولا ترفع الدعوى عليه الا بناء على شكوى من صاحب الشأن ، وإذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة فتكون عقوبته الحبس مدة لا تزيد على سنة .

وفى جميع الأحوال اذا أدى المحكوم عليه ما تجدد فى ذمته أو قدم كفيلاً يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة (٢٠) .

والحكمة من تعليق تحريك الدعوى فيها على شكوى ، أنها تحس نظام الأسرة وتؤثر فى الروابط العائلية .

والمراد بالزوج هنا الزوج وقت قيام الزوجية وبعد الانفصال مادامت النفقة مطلوبة بنسب الزوج وصاحب الحق فى الشكوى هنا هو المحكوم له بالنفقة ويجوز له النزول عنها

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

- ١- أنظر في تفصيل هذا الموضوع كتاباً جرائم الإمتناع في قانون العقوبات ص ٢٩١ وما بعدها الطبعة الأولى ١٩٩٠ الناشر منشأة المعارف بالألكندرية .
- ٢- راجع بشأن الإشكالات المدنية في تنفيذ أحكام الحضانة والضم كتاباً المشكلات العملية في قضاء التنفيذ توزيع منشأة المعارف بالألكندرية وأنظر لنا الأصول العملية لتنفيذ الجبري الناشر ، المكتب الجامعي الحديث بالألكندرية .
- ٣- عماد المراجع للأستاذ / عباس فضلى - ص ٥٧٤ .
- ٤- نقض جنائى فى ١٩٣٣/٥/١ - ص ٥٧٦ .
- ٥- محمد رفيق البسطويسى فى قانون العقوبات : ط ١٩٨٠ - ص ٩٤٥٢ ، ٦٠١ .
- ٦- نقض جنائى فى ١٩٢٣/٥/١ - الطعن رقم ١١٧ السنة ٣ ق - ص ٢٨٠ .
- ٧- قانون العقوبات لمحمود منصور - طبعة ١٩٧١ - ص ٢٥١ وما بعدها .
- ٨- نقض جنائى فى ١٩٧٢/٣/١٧ - ص ٤٨٣ - ص ٢٣ .
- ٩- المذكرة الإيضاحية للمادة ٢٠ من القانون المشار إليه لمتن .
- ١٠- أنظر فى ذلك الحكم رقم ٤١١٣ لسنة ١٩٨٦ جنح الدقى بشأن حكم بضم مصر .
- ١١- والمواد الإجرائية التى تطبق فى هذه الحالات .
- المواد ٦ ، ٢١ ، ٢٤ ، ٣٤٥ ، ٣٥٣ من اللائحة الشرعية والمواد من ٦ إلى ١٤ من قانون المرافعات أنظر المستشار أشرف مصطفى كمال المشكلات العملية فى تشريعات الأحوال الشخصية . ط ٣ ص ٤٧٤ .
- ١٢- راجع لنا فى الجديد من قضاء النقض كتابنا الجديد فى النقض الجنائى ١٩٨٤ - ١٩٨٨ الجديد فى نقض المرافعات والإيجارات ١٩٨٥ - ١٩٨٩ . الناشر ، المكتب الجامعي الحديث بالألكندرية توزيع دار النهضة العربية بالقاهرة .
- ١٣- راجع بشأن تعليمات وزارة العدل بشأن الأحوال الشخصية ودعاوى الحبس وإجراءات الأشكال فيها كتابنا أصول أعمال المحضرين فى الإعلان والتنفيذ وراجع نماذج من الإشكالات لاواردة فى كتابنا المشكلات العملية فى قضاء التنفيذ .
- ١٤- الشكوى : هى تنظيم ، وشكا من شخص أى تظلم منه وأخر بسوء قصده وفعله والشكوى من الأمر هى التوجع منه ، والشاكى هو من أبلغ عن المكروه . وراجع فى تفصيل هذا الموضوع كتابنا التصرف فى التحقيق الجنائى وطرق الطعن فيه الناشر

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

منشأة المعارف بالاسكندرية .

١٥. الدكتور عزت المسوقى ق.د. الدعوى الجنائية ص ٢٠٠ .

١٦. أنظر د. محمد محيى الدين عوض ، الإجراءات الجنائية ص ١٠ ص ٩٩ .

١٧. كما أن القضاء فى ضمير لم يستقر على ذلك إلا بعد تردد أنظر الأحكام
العديدة التى أوردها الأساتذة : حسين وعبد الرحيم عباس ، فى هامش ص ٣٤٦ من
المسئولية المدنية .

١٨. مصطفى مرعى المسئولية المدنية بند (٢٥٢) ، سليماً مرقس فى العمل الضار
بند ٣٥ كما أن مبدأ التعويض عن الضرر المعنوى مقرر فى العديد من الأحكام القضائية
وذلك منذ وقت بعيد من ذلك حكم الغرفة المدنية الفرنسية بتاريخ ٢١ يونيو ١٩٢٧ ،
كما أن القضاء لا يتردد فى الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوى فى جميع الحالات التى
يصادف فيها لزوج يضرر بس شرفه كما فى حالة الحيانة الزوجية .

كما أن القضاء قضى فى أحكام عديدة بالتعويض عن الضرر المعنوى الذى يصيب
الزوج بلعل الغير بتعريض على إخراج زوجته عن طاعته ، من ذلك ما قضت به المحاكم
منذ بداية القرن العشرين ، ضد مديرى المسارح الذين وافقوا على استخدام النشاء
المترزجات دون موافقة أزواجهن ، وهم على علم بمعارضة إستخدامهن أنظر د. مقدم
السعيد التعويض عن الضرر المعنوى ص ٢٠٣ .

١٩. راجع بشأن الجزاءات المختلفة على جرائم الإمتناع عن تنفيذ القوانين والأحكام
والأوامر القضائية كتابنا جرائم الإمتناع فى قانون العقوبات ص ١٠ وما بعدها الناشر
منشأة المعارف بالاسكندرية .

القانون الواجب التطبيق على عقد ضمان الاستثمار

للمسيد الدكتور
هشام خالد
المحامى

تقديم:

تنصب هذه الدراسة على موضوع القانون الواجب التطبيق على عقد ضمان الإستثمار العربى ومن البداية ، يتعين علينا ان نتصدى لتحديد أهمية هذا العقد وخصائصه ، سيما خاصته الدولية وإنه ننتهى بما تقدم تكون الفرصة مهيئة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المعنى ، وهو جوهر دراستنا الماثلة .

وبهذه المثابة يشور السائل ، عما إذا كان هذا العقد طليقاً ، بحيث لا يخضع لأى قانون ، أم إنه يخضع لقانون معين .

وفى الغرض الأخير ، كيف نصل إلى تحديد هذا القانون ، وهل يلزم ذلك ، بحثنا عن الإرادة الصريحة ، أم الضمنية للأفراد ، حسبما جرت العادة فى النظم القانونية المختلفة ، أم

ان هناك نظاماً قانونياً ، يعلو العادة فى النظم القانونية المختلفة ، أم إن هناك نظاماً قانونياً ، يعلو على إرادة الأطراف فى هذا الصدد ، بحيث يتصدى لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد ، دون التعويل على إرادة الأطراف فى هذا الصدد .

وفى الغرض الأخير ، هل هذا القانون هو القانون التجارى الدولى أم القانون البيدولى ، أم هو المبادئ القانونية المشتركة بين الدول الأعضاء فى المؤسسة العربية لضمان الإستثمار ، أم إن هذا القانون هو الخاص بإحدى الدول المتعاقدة ، وعلى أى أساس تم تحديده .

فإذا خالصنا من تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان ، تعين علينا ، أن نبين نطاق أعماله ، أى المسائل التى تخرج عن

نطاق ولايته وتلك التى تدخل فى هذا النطاق .

فإذا: حددنا المسائل التى تفلت من الخضوع لقانون العقد تعين علينا تحديد القانون الواجب التطبيق عليها .

كذا يحتاج الأمر إلى تفصيل المسائل التى يتناولها القانون المعنى بالتنظيم .

تقسيم:

وسوف تقسم هذه الدراسة إلى :

مقدمة عامة:

الباب الاول : تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان .

الباب الثانى : نطاق اعمال القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان .

خاتمة .

مقدمة عامة :

الإستثمار العربى وعقد الضمان .

ما أهمية عقد الضمان وخصائصه . الطبيعة الدولية لعقد الضمان .

الإستثمار العربى وعقد الضمان ^(١)

١- تنقسم الدول العربية إلى قسمين متميزين ، الأول منها يضم الدول العربية البترولية ، أما الثانى فيشمل الدول غير البترولية مع العلم بأن هذا التقسيم نسبي ، وليس مطلقاً . والملاحظ أن العوائد البترولية العربية قد إزدادت بدرجة ملحوظة منذ حرب أكتوبر ١٩٧٣ ، نظراً لإرتفاع سعره بصورة واضحة منذ ذلك الحين وقد أدى ذلك إلى التساؤل عن مصير هذه العوائد ، ومدى إمكانية إستيعاب المنطقة العربية لها . ان إستخدام هذه العوائد يمكن أن يتم عن طريق تحويلها إلى الدول الرأسمالية الغربية ، أو عن طريق

إستثمارها فى المنطقة العربية ، سواء تم ذلك فى الدول البترولية ، أو غير البترولية .

٢- فالإتجاه الأول ، هو إستثمار هذه العوائد عن طريق توظيفها فى الدول الرأسمالية . وهذا ما تم بالفعل ، حيث

تدفقت أجزاء كبيرة من هذه العوائد إلى الدول المتقدمة ، بغرض إستثمارها فى الأسواق النقدية والمالية ، فى غالب الأحوال . ويعاب على هذا الإتجاه ، إنه يعرض هذه الأموال للتقلبات النقدية ، وخطر التضخم الذى يسود هذا الدول عقب إنخفاض سعر الصرف فيها ، وهو أمر كثير الحدوث عملاً . وإزاء ذلك فتمتة إتجاه إلى إستخدام هذه العوائد فى شراء الأصول الصناعية والعقارية . ، حيث يتحقق لأصحابها درجة أكبر من الأمان فى مواجهة الأخطار المتقدمة .

ولكن هذا الإتجاه قوبل بمعارضة شديدة من قبل الدول الصناعية المعنية ، حيث يؤدى الوضع المتقدم إلى سيطرة رؤوس الأموال العربية على الصناعات

الوطنية فى الدول المتقدمة . هذا إلى أن هذا النوع من الإستثمار يعرض هذه الأموال للأخطار غير التجارية ، مثل التأميم والمصادرة ... الخ ، وهى مخاطر معتبرة الآن فى هذه الدول .

٣ - والإتجاه الثانى لإستخدام هذه العوائد ، هو إستثمارها فى الدول العربية البترولية . فقد إتجهت دول الخليج العربى إلى التوسع فى إقامة صناعات تخصص معظم ناتجها للتصدير ، بعد القيام بالوفاء بحاجات الأسواق المحلية فيها . ويعاب على هذا الإتجاه ، إنه يؤدى إلى تبعية هذه الدول للخارج ، سيما للشركات متعددة القومية وإلى تعامل فى هذه المنتجات . وهذا الإتجاه ، يعاب عليه أيضاً ، إنه يهمل الطلب الداخلى ولا يوليه إلا إهتماماً هامشياً . هذا إلى إنه ، يرهق ميزانية الدول المعنية ، حيث تقوم الأخيرة بمنح المنتج إعانات تصدير تصل إلى ٥٠٪ من قيمة صادراته ، تدعيماً لمركزه التنافسى فى السوق الدولية .

فإن هذا الاتجاه يؤدي إلى تعطيل جزء من الطاقة الإنتاجية القومية في حالة عدم القدرة على تسويق المنتجات المعنية في الخارج .

٤ - وإزاء ذلك ، ذهبت بعض الدول لليبيا والجزائر ، إلى إتباع سياسة إحلال الواردات والتي تقوم على أساس الإنتاج للسوق المحلي فيها ، مع فرض قيود جمركية على الواردات الأجنبية لحماية الصناعات الوليدة . ولكن يعاب على هذه السياسة أنها تنظر لحاجات المدينة دون الرف ، كما إنها لا تستجيب إلى متطلبات السوق في المستقبل حيث إنها تنظر للحاضر فقط . ولا شك إن المستقبل قد يختلف عن الحاضر . هذا إلى أن منتجات هذه الصناعات - والتي حلت محل الواردات - يصعب بيعها في السوق الدولية ، نظراً لإنها من قبيل المنتجات التي تنتجها الاقتصاديات المختلفة ، ولعدم قدرتها التنافسية باعتبار إنها محدودة الجودة ، ونظراً لسيطرة الاحتكارات الدولية على الأسواق الخارجية ، وعلى كل

حال ، فالثابت إن الأسواق المحلية في الدول البترولية بوجه عام ، عاجزة عن إستيعاب العوائد البترولية ، وذلك لقلّة الإستثمار فيها ، ولعدم وجود عوامل الإنتاج المختلفة ، والتي تتضافر مع رأس المال ، مثل عامل السكان ، والعمالة المدربة المستقرة والموارد الطبيعية ، والقدرة التنظيمية والتكنولوجية . ف رؤوس الأموال التي تكتنئها هذه الدول ليست كافية بذاتها لإنشاء صناعات حديثة . هذا إلى أن منتجات هذه الصناعات تحتاج إلى أسواق واسعة تستوعبها ، وهو ما تفتقر إليه الدول البترولية من العوائد المعنية .

٥ - وعلى الجانب الآخر ، توجد الدول العربية الغير بترولية وتعانى هذه الدول بوجه عام من مشكلة النقص الشديد في رؤوس الأموال المعروضة ، رغم الحاجة إليها ، لتنفيذ برامج التنمية الاقتصادية فيها ، للخروج من دائرة التخلف واللباق بركب التقدم . فالدول المتقدمة تعاني من نقص بالغ في المدخرات الداخلية على

المستويين الحكومي والأهلي ، الأمر الذي يدفعها إلى اللجوء للمصادر الخارجية للتمويل . رغم توافر فرص الإستثمار في هذه الدول في المجالات الصناعية والزراعية الرعوية والسياحية ، فإن نقص رؤوس الأموال يحول دون إستغلال هذه الفرص على النحو المطلوب كما إن هذا الوضع يهدد الطاقة البشرية التي تتمتع بها الدول المعنية والتي تشمل في العمالة المدربة ، وفي الأسواق الواسعة التي يمكن أن تستوعب الإنتاج الصناعي الكبير ، حال قيامه فيها . وفي محاولة سد النقص في الموارد الداخلية تلجأ الدول العربية غير البترولية إلى الممولين الأجانب . والأمر يحتمل الفروض الآتية :

٦ - فإذا لجأت هذه الدول إلى الممولين غير العرب ، فإن ذلك يؤدي إلى مواجهتها للعديد من المشاكل والصعاب . فمن ناحية أولى ، قد يتخذ هذا التمويل شكل القروض . وقد جرت العادة على أن يكون منح هذه القروض مصحوباً بتدفق سلعى أو خدمى من الدول

المقرضة ، الأمر الذى يؤدى إلى زيادة نفقات هذه القروض . كما ان الإقتراس من الدول الصناعية يؤدى إلى ربط إقتصاديات الدول المقرضة بالإقتصاد العالمى ، وما يترتب على ذلك من مضار جسيمة للدول المعنية . والوضع المتقدم يجهض المحاولات المبدولة فى هذه الدول لإنشاء تكنولوجيا محلية ، تناسب أوضاعها ومستلزماتها : فالتقراض يتبعه استيراد لتكنولوجيا الدول المقرضة بالضرورة وما يعنيه ذلك من تبعية لتلك الدول ، تلك التى تنشأ عند الاقتراض ، ولا تنتهى بالسداد ، بل تمتد لفترات زمنية لاحقة ، قد تكون طويلة . ومن ناحية ثانية ، قد يتخذ التمويل الاجنبى شكل الاستثمارات المباشرة . ويؤدى هذا الوضع من التمويل الى العديد من المشاكل ، كذا فهو يحقق مضسارا كثيرة لاقتصاديات الدول العريضة المضيفة لهذه الاستثمارات . فالاستثمار المباشر يؤدى الى زيادة النسبة التى يستأثر بها الأجانب من الناتج القومى فى

الدول المعنية ، الأمر الذى يعنى إنخفاض نسبة الأرباح والفوائد التى تؤؤل إلى الوطنين فيها ، وبالتالي إنخفاض الإذخار القومى بها . كما يترتب على هذا النوع من الإستثمار ، القضاء على المشروعات المحلية المنافسة ، لأن الإستثمارات الأجنبية تنتج بفسن إنتاجى متقدم ، على خلاف الحال بالنسبة للمشروعات الوطنية والتى تعاني من التخلف التقنى بدرجة كبيرة . هذا إلى ان الإستثمار الأجنبى يستخدم رأس المال ، مما يؤدى إلى تقليل فرص العمالة فى القطاعات التى يسيطر عليها . ويضاف إلى ما تقدم ما هو ثابت من ان الإستثمارات الأجنبية تعطى عادة أجور أعلى بكثير من الأجور التى تعطىها المشروعات الوطنية ، لإتباعها حاجة إلى قدر أقل من العمالة ذات الكفاءة المرتفعة لفن الإنتاج المستخدم فيها . ويؤدى ذلك إلى سحب الكفاءات من المشروعات المحلية ، ورفع تكاليف الإنتاج والأسعار ومن ثم إزدياد درجة التضخم فى الدول العربية

المضيفة للإستثمارات المعنية وعلى أى حال ، فالثابت ورغم المساوىء المتقدمة ان إمكانيات تدفق رؤوس الأموال الغربية إلى الدول العربية غير البترولية ليست كبيرة ، حيث يفضل أصحابها إستثمار هذه الأموال فى دول متقدمة . وهو ما يؤدى إلى تحقيق أرباح وفيرة لهم ، فضلاً عن قمعهم بالحماية القانونية المناسبة فيها ، وهو ما يفقدونه فى الدول العربية سائلة الذكر .

٧ - وبذلك نكون فى مواجهة الخيار الأخير المطروح أمام الدول العربية البترولية ومواطنيها من ناحية ، والدول العربية غير البترولية من ناحية أخرى . ومقتضى هذا الخيار هو ان يلبى كل طرف حاجة الطرف الآخر . فإزاء العقبات التى يصادفها المستثمرون العرب دولاً وشعباً ، حبال قيامهم بإستثمار أموالهم فى الدول الرأسمالية ، فليس أمامهم سوى توظيف أموالهم فى الدول العربية غير البترولية . ويرى كثيرون ان هذا الترجيح هو الأفضل دائماً وذلك اذا ما وجد

العربية عاجز عن توفير الحماية المطلوبة للاستثمارات العربية^(٣) وكذلك ، فإن أحكام القانون الدولي عاجزة أيضا عن توفير القدر المناسب من الحماية للمستثمر العربي الذي يرغب في استثمار أمواله في دولة عربية شقيقة .^(٤) وإزاء ذلك ، دعت الحاجة لايجاد وسيلة قانونية جديدة لضمان الاستثمارات العربية في المنطقة المعنية . وبهذه المثابة ظهر عقد ضمان الاستثمار العربي الى الوجود . وقد كان ذلك بمناسبة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار^(٥) .

ماهية عقد الضمان وخصائصه

أ . وعقد الضمان هو العقد الذي تضمن بمقتضاة المؤسسة العربية لضمان الاستثمار المستثمر العربي المضمون بان تعرضه عن الخسائر التي عسى أن تلحق باستثماره حال تحقق الخطر المضمون ، بسبب تصرف قانوني أو عمل مادي صادر ضده من الدولة المضيفة للاستثمار المعنى أو من الغير ، وذلك لقاء قسط معلوم .

الى توظيف عوائدها البترولية ، وفي نفس الوقت محتاج الدول العربية غير البترولية لتحويل برامجها الانمائية هناتقوم التساؤل عن الاسباب التي تحول دون تدفق رؤوس الاموال من الطائفة الاولى من الدول الى الطائفة الاخيرة فيها . لاشك أن المخاطر غير التجارية تعتبر من أهم العقبات التي تعرقل حركة رأس المال العربي في المنطقة المعنية . وتتمثل هذه المخاطر في المصادرة والتأميم وقيود تحويل العمالية والحرب والفتن والثورات الداخلية . فالمستثمر العربي يرغب في استثمار أمواله في المنطقة العربية ، ولكنه في نفس الوقت يشعر بالخشية على هذه الاموال ، اذا ما تعرضت لخطر من الاخطار المتقدمة ، ولا يمكن ازالة هذه الشعور الا عن طريق ضمان هذه الاموال حال تعرضها لاي من الاخطار السابقة . وبهذه المثابة ، بين لنا أهمية الحماية القانونية في توفير الامان المطلوب للمستثمر العربي المعنى^(٦) . والملاحظ أن القانون الداخلي في الدول

الاسلوب المناسب له . لانه يؤدي لعائد أكبر من ذلك الذي يعطيه الشكل التقليدي لاستثمار هذه الاموال على النحو السابق لنا بيانه . هذا الى أن هذه الانجاء كفل حماية المال العربي من التقلبات النقدية وغيرها من المخاطر النظرية . فضلا عن أنه في الدول العربية غير البترولية تتوافر العديد من فرص الاستثمار ، وتتوافر أيضاً العمالة المدربة ، والمواد الطبيعية ، وفي النهاية فهذه الدول تعتبر أسواقا واعدة تستطيع أن تستوعب المنتجات المتحصلة من هذه الاستثمارات ، هذا من جهة . ومن جهة أخرى ، فالانجاء المتقدم يستجيب الى الشعور بالتضامن الذي يكتنف الشعوب العربية . فحاجة بعض دول المنطقة من رؤوس الاموال يجب أن تسدها الدول البترولية ذات العوائد الضخمة ، استجابة للداعي السابق ، فضلا عن ان ذلك يحقق مصالحها في نفس الوقت .

٨ - فإذا كان الثابت أن الدول العربية البترولية محتاج

دولية ، هي توفير فرص الاستثمار المأمونة للدول العربية النفطية . ومثل هذا الهدف لا ينظر فيه الى تحقيق مصلحة دولة عربية معينة ، بل يتناول المنطقة العربية بأكملها . هذا الى أن العقد محل البحث يعتبر سبباً مباشراً لخسروج رؤوس الاموال من الدول النفطية ودخولها الدول غير النفطية ، الامر الذي يفيد تجاوزه للنطاق الاقتصادي لاي دولة عربية . وبهذه المثابة تتأكد لنا الطبيعة الدولية لوظيفة العقد المعنى .

١٤ - وازاء ثبوت الصفة الدولية لعقد الضمان ، يشور التساؤل حول القانون الواجب التطبيق عليه . هذا ما سنتصدى للإجابة عليه ، وذلك من خلال دراستنا الماثلة .

الباب الاول

تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان

تقسيم:

وسوف نقسم الباب المائل ، الى فصلين :

أجنبية لاحد عناصره الفعالة (٧) . وقد ثبت لنا من دراسة سابقة ، أن العقد المعنى ، قد تطرقت الصفة الاجنبية لثلاث عناصر فعالة فيه (٨) .

١١ - فمن ناحية أولى ، فعقد الضمان ، يتم ابرامه بين طرفين لاجتماعهما جنسية واحدة . فالمؤسسة العربية لضمان الاستثمار - وهي الطرف الاول في هذا العقد - هي مشروع دولي اقليمي ، وهذا المشروع لا يتمتع بجنسية اية دولة على الاطلاق . أما الطرف الثاني في هذا العقد ، فير شخص أجنبي في الدولة المضيفة للاستثمار على وجه الدوام . وبهذه المثابة يمكن القول بان الصفة الدولية قد تطرقت الى عنصر فضال في عقد الضمان ، هو أطرافه .

١٢ - ومن ناحية ثانية ، فالثابت أن عقد الضمان ينصب دائماً على استثمار دولي ولا ينصرف الى الاستثمارات الوطنية بحال .

١٣ - ومن ناحية ثالثة ، فالثابت أن لعقد الضمان وظيفة

وتتنوع المخاطر التي يغطيها العقد المتقدم ، وهي : التأمين - نزح الملكية - المصادرة - الاستيلاء ، تأجيل الوفاء بالدين لأجل غير معقولة - الحراسة الادارية - قيود تحويل العملة الحرب والفتن الداخلية . ويتميز عقد الضمان بعدة خصائص : فمن ناحية أولى فهو عقد دولي . ومن ناحية ثانية ، فهو عقد رضائي . ومن ناحية ثالثة فهو عقد معارضة . ناحية رابعة ، فهو عقد ملزم للجانبين . ومن ناحية خامسة ، فهو عقد احتمالي . ومن ناحية سادسة ، فهو عقد زمني ومن ناحية سابعة ، فهو عقد اذعان . ومن ناحية ثامنة ، فهو من عقود حسن النية . ومن ناحية تاسعة ، فهو عقد تعويضي (٩) . وسوف نبين هنا في ايجاز ، الطبيعة الدولية لعقد الضمان ، نظراً لتعلقها بموضوع دراستنا الماثلة .

الطبيعة الدولية لعقد الضمان :

١٠ - يذهب الفقه الراجح الى تعريف العقد الدولي ، بأنه ذلك العقد الذي تتطرق صفة

أولاً : عقد الضمان وفكرة القانون الذاتي للعقد :^(٩)

١٦- إذا كان الرافع هو وجوب إرتباط العقد بقانون ، فقد حاول البعض ان ينال من المبدأ المتقدم ، مقررأ إمكان وجود عقد بلا قانون ، إستنادأ لبدا كفاية الإرادة في خلق القانون الذاتي للعقد (١٠) .
وبينان ذلك ، أن العقود الدولية في نظرهم تنقسم إلى قسمين :

الأول : ويشمل العقود الدولية التقليدية ، مثل الزواج المختلط ، وهذه العقود تخضع للقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد المختصة في قانون القاضى .

والثاني : ويشمل العقود الاقتصادية الدولية ، تلك العقود التي تنطوى على قيمة مالية كبيرة ، فضلاً عن احتوائها على تنظيم شامل لعلاقة اطرافها ، على نحو يغنيهم عن اللجوء لاي تنظيم قانونى آخر .فاذا ما ثار نزاع بين المتعاقدين ، فان القاضى يجد في أحكام هذه العقود ما يهديه الى الحل السليم للنزاع

١٥- لقد تصدت عقود الضمان المختلفة لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها ، ومثل هذا المسلك يكشف عن موقف القائمين على إعدادها من مشكلتين تشوران في هذا الصدد .

المشكلة الأولى :

تتعلق بفكرة القانون الذاتي للعقد .

المشكلة الثانية :

تتعلق بتفويض المتعاقدين المحكمة المختصة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم عن طريق الكشف عن إرادتهم الضمنية أو المفترضة .
وعلى هذا الأساس نعرض لهاتين الفكرتين مبينين موقف عقود الضمان منها فإذا فرغنا من ذلك نقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان ، ثم نبين في مرحلة لاحقة ، نطاق أعمال هذا القانون ، أى المسائل التي يتصدى الأخير لحكمها ، وتلك التي تقلت من الخضوع له ، مبينين القانون الذى يحكم كل واحدة منها .

الفصل الأول : أوليات في تحديد القانون الواجب التطبيق

الفصل الثاني : ماهية القانون الواجب التطبيق ومصادره

الفصل الأول : أوليات في تحديد القانون الواجب التطبيق

ـ عقد الضمان والقانون الواجب التطبيق عليه .

أولاً : عقد الضمان وفكرة القانون الذاتي للعقد

ثانياً : عقد الضمان ومشكلة الكشف عن ارادة المتعاقدين . -
تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان :

أولاً : الشروط العامة وعقد الضمان

ثانياً : القانون التجارى الدولى البيدولى وعقد الضمان

أ - نظرية القانون التجارى الدولى .

ب - تقدير نظرية القانون التجارى الدولى .

عقد الضمان والقانون الواجب التطبيق عليه :

على النحو الذي يستجيب
للتطلبات الحياة الدولية
المعاصرة،^(١١٥)

ومن ناحية ثالثة ، فمن
العصى على المتعاقدين عملا ،
وضع ذلك التنظيم الشامل
لعلاقتهم التعاقدية ، على نحو
يقضيهم عن اللجوء لاي نظام
قانوني ، نظرا لعجزهم عن
التنبؤ بالمشكلات التي
ستصادفهم في المستقبل ، الامر
الذي تتأكد معه الحاجة لوجود
نظام قانوني لسد الثغرات التي
تكتنف التنظيم العقدي للعلاقة
المعنية ، فضلا عن قيام هذا
النظام بتقدير مشروعية هذا
التنظيم.^(١١٦)

واخيرا ، فقد ثبت ان
الاجهزة الدولية التي قامت
بوضع العقود النموذجية ذات
التنظيم الشامل ، لم تكن تقصد
عدم أخضاع هذه العقود لاي
قانون . استنادا لكفاية الارادة
لحكمها ، وأما ارادت ان تعهد
بالامر الى قاضى الموضوع
ليختار - بالنظر الى كل حالة
على حدة - القانون الانسب
لحكم النزاع المعنى ، وبهذه

غير صحيح على الاطلاق
فالمتعاقدين لا يكونان مجتمعا
قانونيا ، بل هم افراد في
مجتمعات قائمة بالفعل^(١١٤) ،
ومخاطبون باحكام النظم
القانونية السائدة في هذه
المجتمعات ، والدور الذي تلعبه
ارادتهم في هذا الصدد ،
ينحصر في مكنه ابرام العقد
المعنى من عدمه ، فاذا
انصرفت ارادتهم الى ابرامه ،
هنا يتصدى النظام القانوني
المختص لفرض احكامه في هذا
الصدد . هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى ، فان
التفرقة المزعومة بينالعقود
الدولية التقليدية - والعقود
الاقتصادية ، بحيث تخضع
الاولى للقانون الذي تشير اليه
قاعدة الاسناد المختصة في
قانون القاضى ، وتفلت العقود
الاقتصادية من الخضوع لها ،
مثل هذه التفرقة لاتستند الى
أساس سليم من الواقع . هذا
الى أن الطائفة الاخيرة من
العقود الدولية ، لاتشكل قسما
منفردا منها ، غاية ما فى الامر
انها تمثل التطور الحديث لها .

المطروح عليه^(١١١) . وبهذه
المقابلة ، لن تكون بحاجة الى
قاعدة اسناد لترشدنا للقانون
الواجب التطبيق على العقد
المعنى ، مادامت أن احكام هذا
الاخير كافية بذاتها لتنظيم
علاقة أطرافه .

١٧ - ويرى أصحاب الاتجاه
السابق ، أنه لايجوز الاعتراض
على حق المتعاقدين فى وضع
تنظيم شامل لعلاقتهم العقدية ،
فهذا الحق يجد سنده فى مبدأ
سلطان الارادة ، والذي يعلو
على أى مبدأ قانوني آخر .
هذا الى أنهم يرفضون الاتجاه
القاتل بان كل تصرف قانوني ،
لا بد أن يتم وفقا لنظام قانوني
سابق عليه ، ذلك العقد - كما
يرون - يخلق المجتمع والقانون
الذي يحكمه فى آن واحد.^(١١٢)

١٨ - وقد كان الرأى السابق
محلا لنقد شديد ، خاصة وأنه
لا ينسجم مع المعطيات
الواقعية^(١١٣) .

فالقول بان العقد يخلق
مجتمعا قانونيا ، قوامه
المتعاقدين ، وانه يخلق القانون
الذي يحكم هذا المجتمع ، قول

المثابة يثبت لنا صحة الاتجاه القائل بوجوب خضوع العقد الدولي لقانون معين^(١٧)

وبهذه المثابة فيتعين ان يرتبط العقد الدولي بقانون صادر عن دولة ما .

رفضها لنظرية القانون الذاتي للعقد ، نظراً لوجه النقد الشديدة التي وجهها الفقه لها ، كما اسلفنا قولا .

١٩ - فإذا كان الامر كذلك ، فان التساؤل سرعان ما يثور عن ماهية هذا القانون وما اذا كان من اللازم صدوره عن دولة معينة ، أم أنه من المتصور صدور هذا القانون عن كيان أجماعي آخر ، لا تتوافر له صفة الدولة .

٢١ - وعلى العكس من ذلك ، يذهب البعض الآخر الى وجوب ارتباط العقد الدولي بنظام قانوني معين ، سواء كان هذا الأخير صادراً عن دولة معينة ، أو من كيان آخر لا يصدق عليه الوصف المتقدم .^(١٨)

والوقف المقدم يعتبر انتصاراً للاتجاه الراجح في الفقه والذي يرى وجوب ارتباط العقد بنظام قانوني معين . هذا هو موقف العقود محل البحث من المشكلة الاولى . فمأذا عن موقفها من المشكلة الثانية . هذا ما سنتبينه الان تفصيلاً .

٢٠ - يذهب البعض الى وجوب ارتباط العقد الدولي بقانون صادر عن دولة معينة ، اصلاً للحكم الصادر من محكمة العدل الدولية عام ١٩٢٦ في قضية القروض الصربية . كذلك ، استناداً للحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية ، والذي ظل محلاً لاعتبار ذات المحكمة في العديد من الحالات وقد تلقف الفقه هذه الاحكام ، وباركها ، واعتنق المبادئ الثابتة فيها ، منذ صدورها وحتى الان .^(١٩)

واساس هذا النظر ، ان الدولة ليست الكيان الاجتماعي الوحيد الذي يفرز القانون ، بل توجد بجانبها كيانات أخرى تقوم بذات المهمة^(٢٠) ولا يوجد ما يبرر ربط العقد الدولي بالقانون الصادر عن الدولة دائماً ، فقد أصبح من المتصور الان ارتباط العقد بمجموعة أحكام موضوعية يجرى المتعاملون على الاخذ بها في مجال نشاط معين بحيث تشكل عرفاً ملزماً لهم .^(٢١)

ثانياً : عقد الضمان ومشكلة الكشف عن الإرادة المتعاقبين :^(٢٢)

يجرى العمل على خضوع العقد لقانون الإرادة^(٢٣) ولا صعوبة في الامر اذا اختار المتعاقدان صراحة القانون الذي يحكم عقدهما ، حيث يتعين على المحكمة المختصة أن تحسم المنازعة المعنية وفقساً لاحكامه^(٢٤) اما اذا لم يحدد المتعاقدان صراحة ، القانون الواجب التطبيق على عقدهما ، في هذه الحالة يتعين على القاضى المعنى ، ان يتصدى للكشف عن ارادتهما الضمنية في هذا الصدد ، مسترشداً في

وتجدر الاشارة ، الى عقود الضمان المختلفة ذهبت الى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها ، الامر الذي يفيد

واساس هذه النظر ، أن الدولة هي الكيان الاجتماعي الوحيد القادر على اقرار القانون ،

تصدى عقود ضمان الاستثمار لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها ، من شأنه أن يؤدي الى العديد من المشاكل .

فمن ناحية أولى :

فقد لا توفق محكمة التحكيم المختصة فى الوقوف على الإرادة الضمنية ، أو المفترضة للمتعاقدين . ومن ثم ينتهى بها الأمر إلى تطبيق قانون لا يرتبط بعقد الضمان . ومثل هذا الخطأ يصعب تداركه ، سيما إذا علمنا أحكام هذه المحكمة نهائية ولا يجوز الطعن عليها بأى طريق (٣٢)

ومن ناحية ثانية :

فإن تخويل محكمة التحكيم سلطة وضع الضوابط المناسبة للتعرف عن إرادة المتعاقدين ، سوف يؤدي إلى تضارب الأحكام الصادرة عنها ، واختلافها من حالة لأخرى ، سيما إذا وضعنا فى اعتبارنا أن تشكيل هذه المحكمة غير ثابت ، بل يتغير من خصومة إلى أخرى ، بحيث يصعب

البعض الآخر الى مهاجمة هذه الفكرة ، قولا منهم بأن الإرادة أما ان توجد أو لا توجد ، أما الإرادة المفترضة فهي مجرد وهم وتصور يتناقض مع فكرة الإرادة فى حد ذاتها . (٣٨)

أما اذا تعذر الوقوف على هذه الإرادة المفترضة فتذهب بعض التشريعات الى وضع ضوابط محددة يستهدى بها القاضى أو المحكم المختص لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المعنى ، مثل تطبيق قانون الوطن المشترك للمتعاقدين ، أو قانون الدولة التى تم فيها إبرام العقد . (٣٩)

بينما تذهب بعض النظم القانونية الى ترك الامر لاجتهاد القاضى أو المحكم المختص ، بحيث يضع الحل المناسب لكل حالة على حدة ، وفقا لمقتضى الحال . (٤٠) ولاشك أن هذا الوضع قد أدى الى تباين الاحكام تبائنا شديدا فى هذا الصدد ، على نحو يصعب معه القول بوجود حل ثابت للمشكلة المعنية . (٤١)

وعلى فرض جدلى ، فعدم

ذلك ، يظروفا وملابسات التعاقد . (٤٥) والملاحظ ان المحاكم الوطنية كذا محاكم التحكيم ، تلجأ الى ضوابط للوقوف على القانون الذى انصرفت اليه الإرادة الضمنية للمتعاقدين . مثال ذلك أخضاعهما للنزاع الذى عسى ان ينشأ بينهما لمحكمة دولة معينة ، أو لجورنهما الى محكمة تحكيمية كائنه فى دولة معينة ، أو لجورنهما الى محكمة تحكيمية كائنه فى دولة معينة ، أو كتابة العقد المعنى بلغة معينة أو أدماج بعض المصطلحات القانونية التى تنتمى لنظام قانونى معين ، فى العقد المعنى فكل الامور المتقدمة قد يستشف منها ارادة المتعاقدين الضمنية فى اخضاع عقدهما لقانون معين (٤٦) ، وهو قانون المحكمة القضائية أو التحكيمية المختارة ، أو غير ذلك من الامور

فاذا لم توجد مثل هذه الارادة ، فيذهب البعض الى وجوب البحث عن الارادة المفترضة للاخصام أو ارادتهم المفروضة . (٤٧) بينما يذهب

عليها التعويل على ضابط معين في هذا الصدد . ومن شأن هذا الوضع أن يؤدي إلى إحتراز وعدم وضوح النظام القانوني لعقد الضمان ، وهي نتيجة غير مرغوب فيها ، سيما وأنه لازال في طور الحداثة .

ومن ناحية ثالثة :

فقد يشق على المحكمة المعنية الوقوف على إرادة المتعاقدين ضمنية كانت أم مفترضة . ويتعين عليها في هذا الفرض وضع قاعدة إسناد خاصة بالمسألة المعنية وسوف تصادف هذه القاعدة العديد من الصعاب فضلاً عن إختلاف مضمونها من حالة لأخرى ، فقد كشف العمل عن تضارب ضوابط الإسناد التي وضعتها محاكم التحكيم الدولية بخصوص إسناد العقد الدولي . (٣٣)

فقد تذهب هذه المحكمة لإخضاع العقد المعنى لقانون الوطن المشترك للمتعاقدين في حالة معينة ، بينما تذهب في حالة أخرى لإخضاعه لقانون دولة الإبرام أو لقانون دولة

التنفيذ .

لا شك إن مثل هذا المسلك من شأنه الإخلال بالمساواة بين المستثمرين من ناحية ، كما إنه يجعلهم في حيرة من أمرهم ، نظراً لعجزهم عن التنبؤ بالنظام القانوني الذي سيحكم عقدهم في المستقبل ، الأمر الذي قد يؤدي بهم إلى العزوف عن إبرام عقد الضمان ذاته .

وعلى أي حال فقاعدة الإسناد المعنية سوف تؤدي إلى تطبيق قانون وطني معين على عقد الضمان . والمعروف الآن إن القوانين الوطنية لم تعد أنسب النظم لحكم العقود الدولية على وجه العموم ، وذلك نظراً لقيامها على إعتبارات مغايرة لتلك التي تقوم عليها العلاقات الدولية الخاصة . (٣٤)

فإذا كان الأمر كذلك ، وكان الثابت ان عقود الضمان المختلفة قد تصدت لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها ، فمن شأن هذا الوضع ان يجنبنا الوقوع في المشاكل المتقدمة .

وعلى هذا النحو ، نتأكد لنا سلامة موقف القائمين على إعداد العقود السابقة في هذا الخصوص .

تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الضمان :

ذهبت عقود الضمان المختلفة إلى تقرير مبدأ عام ، مقتضاه ، ان كافة المنازعات الناشئة عنها ، يتم حلها وفقاً لأحكام الاتفاقية المنشئة للمؤسسة وللوائح الصادرة عن مجلس المؤسسة ، وللأحكام الواردة في العقود المعنية (عقود الضمان) .

فالمصادرة المتقدمة ، هي المرجع الذي يتعين على المحكمة المختصة ان ترجع إليه ، توصلاً لحسم النزاع المعنى .

فإذا لم تهتد ، الأخيرة إلى حكم في المصادر المتقدمة ، تعين عليها اللجوء للمصادر التالية ، وبذلك الترتيب :

- أ - المبادئ القانونية المشتركة بين الدول المتعاقدة .
- ب - المبادئ المعترف بها في القانون الدولي .

ج - القانون الطبيعى ومبادئ العدالة .

و نوه فى هذا الصدد، إنه بجانب المصادر الرسمية سالفه البيان ، توجد ثمة مصادر غير رسمية (٣٥) ، لاتشير إليها عقود الضمان المختلفة ، ولكن يمكن الرجوع إليها والتمويل عليها عند الفصل فى المنازعات الناشئة عن العقود المعنية .

والمقصود بذلك :

أ - الشروط العامة .

ب - العرف .

ج - السوابق .

ويهمنا الإشارة إليها قبل دراسة المصادر الرسمية ، والتي أسلفناها ذكراً . كذا يهمن أن نفرض لموقف عقد الضمان من فكرتين حديثتين هما : القانون التجارى الدولى ، والقانون البيدولى .

أولاً : الشروط العامة وعقد الضمان :

جرى عرف المتعاملين فى التجارة الدولية ، على إستخدام الشروط العامة ، كوسيلة فنية

لتنظيم علاقاتهم المعنية فى النطاق الدولى . (٣٦)

وبالمثل ، فقد قامت المؤسسة العربية لضمان الإستثمار ، بوصفها الجهاز الضامن ، بوضع الشروط العامة ، والتي تحكم علاقتها بمجموع المستثمرين . ومثل هذا المسلك ، يكشف بوضوح مقدار الثقل الذى تتمتع به المؤسسة فى مواجهة

المستثمرين العرب طالبي الضمان . وقد أوضحنا فى دراسة سابقة ، هذه الحقيقة على وجه التفصيل فتجلى إليها معنا من التكرار (٣٧)

وأياً ما كان الامر ، فالثابت عملاً ، أن عقد الضمان ينصب فى وثيقتين

أ - الشروط العامة للتعاقد

ب - الشروط الخاصة للتعاقد ولا مشكلة فى الأمر ، إذا كانت الشروط العامة محلاً للعلم الفعلى من جانب المستثمرين طالبي الضمان وقت التعاقد ، حيث يقومون بالتوقيع عليها .

ففى هذا الغرض تكون هذه

الشروط ملزمة لهؤلاء المستثمرين شأنها فى ذلك شأن الشروط . الخاصة (٣٨)

وتتمتع الشروط العامة بالقوة الملزمة ، فى الغرض الذى تصيح فيه بمثابة أعراف يجرى التعامل على أساسها . فهنا يلتزم المتعاملون بمقتضاها ، ما لم تنصرف إرادتهم الصريحة الى إستبعادها . (٣٩)

ولاصعوبة فى الامر ، إذا خلت الشروط الخاصة من أية شارة الى الشروط العامة ، حيث لا يلتزم المستثمر المضمون بهذه الشروط ، مالم يرتضيها صراحة ، نظراً لعدم علمه بها وقت التعاقد مع المؤسسة ، وقد كان يوسع الاخيرة أعلامه بها ، حتى تكون نافذة فى حقه . وحيث أنها لم تفعل ، فيجب عليها الا تفيد من تقصيرها فى هذا الصدد . (٤٠)

ولكن يندق الامر ، فى الصورة التى تشير فيها الشروط الخاصة للشروط العامة ، دون أن يوقع الطرفان على هذه الاخيرة ، باعتبارها جزءاً من العقد المعنى .

وبهذه المثابة يثور التساؤل حول أساس هذا الموقف السلبي من الفرعين المتقدمين ، كذا يثور التساؤل حول تقديرنا للموقف المعنى . هذا ماستصدي الآن لبيانه .

أ- نظرية القانون التجارى الدولى :

بدأ التبشير بظهور القانون التجارى الدولى فى أواخر الخمسينات وأوائل الستينات من هذا القرن ، وذلك على أثر ظهور العديد من العقود النموذجية والشروط العامة فى نطاق التجارة الدولية .^(٤٧)

ويعرف البعض هذا القانون بإنه " مجموعة القواعد والعادات التى تعارف المتعاملون فى التجارة الدولية على الأخذ بها فى معاملاتهم " ^(٤٨) وقد أستحسن أنصار هذا الإتجاه ميلاد هذا الفرع الجديد ، قولا منهم ، بأنه قد وضع تنظيماً لعمليات التبادل الإقتصادى على المستوى الدولى ، فقد ظهرت العديد من العقود النموذجية والشروط التى تنظم عمليات

وتحديد مضمونها على وجه الدقة ، وذلك من خلال الاحكام التى تصدر عنها .^(٤٩)

وأياً ما كان الامر ، فإن تحديد عقود الضمان المختلفة للقانون الواجب التطبيق عليها ، وحصر مصادره فى المبادئ القانونية المشتركة بين الدول المتعاقدة ، ومبادئ القانون الدولى والقانون الطبيعى ، ألما يكشف عن موقف القائمين على أعداد هذه العقود من فكرتى القانون التجارى الدولى ^(٤٥) والقانون البيدولى ^(٤٦) وهذا ما سنوضحه الآن .

ثانياً : القانون التجارى الدولى - البيدولى وعقد الضمان

بيئنا فيما تقدم ، أن عقود الضمان المختلفة قد حددت القانون الواجب التطبيق عليها ، على النحو الذى اسلفناه ذكراً . والواضح أن الاخيرة لم تشر الى القانون التجارى الدولى أو القانون البيدولى ، رغم الدعوات الحارة فى الفقه الحديث لاعمال هذين الفرعين الجديدين بضدد العقود الدولية .

قد يذهب البعض الى تقرير التزام الاطراف بها ، سيما المستثمر المضمون ، حيث كان بوسعهم رفض التوقيع على الشروط الخاصة للتعاقد ، ولحين الوقوف على الشروط العامة والتحقق من احكامها ، وإذا أنه لم يفعل ، فهذا الوضع يكشف عن رضائه بها ^(٤١) .

ولعل الصحيح فى الامر ، فهو وجوب تحقق العلم اليقضى بالشروط العامة فى جانب المستثمر طالب الضمان . إذ أن فى التزامه بشروط لا يعرفها فعلاً ، عسف كبير ، سيما أنه بوسع المؤسسة العربية أعلامه بمضمون الشروط المعنية ، وبهذه المثابة يمكن أن يلتزم باحكامها .^(٤٢)

ولاشك أن أعتياد المتعاقدين اللجوء الى الشروط العامة ، سوف يجعلها تتحول الى أعراف ملزمة لهم ، دون حاجة للإشارة اليها فى العقود ^(٤٣) .

ولا يفوتنا أن نؤكد - فى هذا المقام - الدور الفعال الذى يمكن أن تلعبه محاكم التحكيم فى تأكيد وجود الاعراف المعنية

المناسب على من يخالفها. (٤٤)

ولا شك أن تنوع العقود النموذجية وما يترتب عليه من وجود أعراف متنوعة من شأنه الوصول بنا إلى نظام قانوني متكامل لحكم التجارة الدولية في مجموعها. وبهذه المثابة، فإن هؤلاء المتعاملين يكونون في غنى عن اللجوء لأي نظام قانوني داخلياً كان أم دولياً. (٤٥)

ب - تقدير نظرية القانون التجاري الدولي :

وجه الفقه نقداً شديداً لفكرة القانون التجاري الدولي، نظراً لقيامها على غير أساس من الواقع. (٤٦) ذلك أن وجود أي مجتمع يستلزم توافر شرطين أساسيين، هما التجانس بين أعضائه من ناحية، ووجود روح التضامن بينهم من ناحية أخرى. وهذان الشرطان لم يتوافرا بعد في نطاق المتعاملين في التجارة الدولية، الأمر الذي لا يجوز معه خلع صفة المجتمع عليهم. (٤٧)

هذا إلى أن الإستعمال

المتعاملين في التجارة الدولية يكونون مجتمعاً قانونياً بالمعنى الدقيق، الأمر الذي يبرر تطبيق القانون المتقدم عليهم، وذلك بعد أن ليس ثوبه الجديد على النحو الذي يلائم متطلبات الحياة الدولية الحديثة. (٤٨)

وفضلاً عن ذلك، فهؤلاء المتعاملين ينحون في معاملاتهم إلى عدم الخضوع لأي نظام قانوني وطني، حيث يرون أن إراداتهم قادرة على خلق النظام القانوني الصالح لحكم علاقاتهم وذلك بفضل ما يوجد لديهم من تنظيم داخلي. (٤٩)

فالمتعاملون في التجارة الدولية، يقومون بالتعبير عن إرادتهم الذاتية في صورة عقود نموذجية تحتوي على تنظيم شامل وكامل لعلاقاتهم بعضهم ببعض الآخر. (٥٠) وعن طريق الإستعمال المتكرر لهذه العقود في الحياة الدولية، يمكن أن تتحول إحكامها إلى أعراف ملزمة. وسوف يزداد الشعور بالزاميتها لدى هؤلاء المتعاملين بعد أن تقوم محاكم التحكيم بتطبيقها عليهم وتوقيع الجزاء.

البيع المصرفية والإعتمادات المستندية، وفضلاً عن ذلك فقد كفل هذا القانون، وجود تنظيم إجرائي دولي يتصدى لحسم كافة المنازعات الناشئة عن العقود سالفة البيان. (٥١)

ويذهب البعض إلى أن القانون التجاري الدولي هو إحياء لذلك النظام القانوني الذي كان سائداً في العصور الوسطى في أوروبا (والمسمى لكس مركاتوريا)، حيث وجدت جماعة التجار ذات الكيان المستقل والتي كانت تخضع للقانون المتقدم. (٥٢)

فهذه الجماعة لم تكن مركزة في دولة أوربية معينة، بل كانت منتشرة في أنحاء القارة حيث كانت المعاملات التجارية تتم لديها وفقاً لأحكام هذا القانون. فإذا ماثار نزاع حول أية معاملة من المعاملات السابقة، فإن محاكم التحكيم هي التي تتصدى لحسمه وفقاً للأعراف السائدة دونما حاجة لأعمال قواعد الإسناد المعنية. هذا عن الماضي. وبالمثل فإن النظر للحاضر يكشف عن أن

المضطرد للعقود النموذجية في مجال التجارة الدولية ، ليس بالأمر الكافي للقول بوجود القانون المعنى ، لأن هؤلاء المتعاملين في التجارة الدولية ، لا يكونون مجتمعاً ^(٥٨) والمعالم لنا أنه لا قانون بدون مجتمع . وإذا سلمنا جدلاً بوجود قانون دون مجتمع ، فمن المؤكد أن العقود النموذجية سألقة الذكر يوجد منها آلاف الأنواع ، ولا يمكن القول بأنها سوف تخلق اعراضاً دولية في هذا المجال . ^(٥٩)

وفضلاً عن ذلك ، ففي العديد من مجالات التجارة الدولية ، يصعب القول بأن العقود النموذجية قد تكفلت بوضع تنظيم شامل للعلاقات التي ترد عليها ، بحيث يلقي قبولاً عاماً في أرجاء المعمورة . ^(٦٠) وفي النهاية ، فإن ما يعيب الإقبال المتقدم ، إن دعائه لم يحددوا لنا نطاق سريان القانون المعنى سواء من حيث الأشخاص المخاطبين بأحكامه ، أو من حيث التصرفات التي

يحكمها .

وبهذه المثابة تنهار نظرية القانون التجاري لدولى ، وفي ضوء هذا النظر ، فقد أحسن القائمون على إعداد عقود الضمان المختلفة صنفاً بعدم الإشارة إلى القانون المتقدم بوصفه القانون الواجب التطبيق عليها .

للبحث بقية

لا أحد ينكر حرية المحاماة ، إنها حق المحاماة ، ويجب أن تبقى من حقوقها ، إنها ليست مكسباً للمحاماة ، ولا هي ملك لها ، فإن المحاماة لا تتمتع بها من أجل المحامين ، ولكن من أجل الصالح العام ، صالح المتقاضين وصالح جميع المتقاضين .

المحامى الفرنسى

شيه دى أستاف

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

١- راجع في ذلك تفصيلاً :

د. هشام خالد ، عقد ضمان الإستثمار المرجع السابق ، ص ٦٩ ومابعده ، والهوامش الواردة في الصفحات المعينة .

د. هشام خالد ، الحماية القانونية ... المرجع السابق ، ص ١٣ ومابعدها ، والهوامش الواردة في الصفحات المعين .

٢- د. هشام خالد ، عقد ضمان الرستثمار المرجع السابق ، ص ٦٩ وما بعدها ، وكافة المراجع المشار إليها في الصفحات المتقدمة .

د. هشام خالد ، لحماية القانونية ... المرجع السابق ، ص ١٣ .

٣- د. هشام خالد ، الحماية ... المرجع السابق ، ص ٥٦ ومابعدها

٤- د. هشام خالد ، المرجع السابق ، ص ٩٢ ومابعدها .

٥- د. هشام خالد ، المؤسسة العربية ... المرجع السابق ، ص ١٥ ومابعدها والمراجع الواردة في الصفحات المعينة .

د. هشام خالد ، الحماية المرجع السابق ، ص ١٣٦ وما بعدها ، والمراجع الواردة في الصفحات المعينة .

٦- د. هشام خالد ، خصائص وطبيعة ... المرجع السابق ، ص ٢١ وما بعدها ، والمراجع الواردة في الصفحات المعينة .

٧- في عرض هذا النظر ، راجع

د. هشام خالد ، خصائص وطبيعة المرجع السابق ، ص ٣٣ والمراجع الواردة في الصفحات المعينة .

٨- راجع في ذلك تفصيلاً :

د. هشام خالد ، خصائص وطبيعة المرجع السابق ، ص ٣٤ وما بعدها ، والمراجع الواردة في الصفحات المعينة ، وخاصة ص ٥٨ ، ٥٩ ، ٧٥ .

٩- بخصوص فكرة القانون الذاتي لعقد ، راجع تفصيلاً :

Batiffol (H.) , le role de la volonte en droit international prive, Archives de philosophie du droit , 1957 , p. 71 et seq .

Derains , Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales , revue de l'arbitrage , 1973 , no3 , p.

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

122, 134, 136 - 137 .

goldschmidt , transactions between states and public firms , R.C.A.D.I. , 1972 , vol 136 , p. 276 .

kegel , the crisis of conflict of laws , R.C.A.D.I. 1964 , vol 122 , p. 257 ss.

Schmittoff , unification or harmonisation of law by means of standard contracts and general conditions , I.C.L.Q., 1968 , p. 563 .

goldman , frontieres du droit et lex mercatoria , archives de philosophie du droit , 1964 , p. 184- Chronique des sentences arbitrales , journal du droit international , 101 annee 1974 no4 , actobre - decembre , p882 et seq .

Ray , law governing contracvts between states and foreign nationals , proceedings of 1960 institute on private investments abroad , 1960 , p. 30-31 .

Spofford , third party gudgement and international economic transactions , R.C.A.D.I., 1975 , vol 145 , p. 264 ss .

Vallindas , Aplea For international legal Science , I.c.L .Q., 1959 , p.619 ss

في الفقه العربي واجيع تفصيلا :

د . عيد الباري أحمد الباري ، النظام القانوني لعمليات البترول ، الطبعة الاولى ، ٤٠٨ هـ ، ١٩٨٨ ، ص ١١١ وما بعدها

Batiffol , le roie ... , op . cit , p. 73 " - ١٠

...Il devient Clair que le contrat n . etant soumis a aucune loi , il est obLigatoire par La suele Force des consentements .

Une autre signification , du contrat sans Loi est la primaute du subjectivisme contractualiste ... pour quoi chercher une Loi qui qui donne Force a un contrat aLors que le contrat . . . , se suffit a Lui - meme ... "

puffit a Lui - meme ... "

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

Spofford, op. cit, p. 192 et seq.

Sanders, Trends in International Commercial Arbitration, R.C.C.A.I, vol 145, p.264

وقد ذهبت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بجلسته
١٣/١٢/١٩٧٥، الدائـرة الرابعة الى تقرير التالي :

" L " soire en matiere d, arbitracord compromiss
age inter national presente une complete autonomie
et de ce Fait est valable Independamment de la refer
ence a tout Loi etatique " Cour d'Appel de paris , (4e
ch .) 13 de cembre 1965 . en R. Crit dr . int . pr .,
p . 507 .1976

Voir aussi,Cour de Cass., Ize ch . civ . , 4duillet 1972 .
p .82 1974 .en . R . Cit dr . int . pr . , -83.

١١- مع ذلك قارن

vallindas , op. cit, p.619 .

١٢- في هذا المعنى ، راجع تفصيلاً :

, p.257, 277, 307 .goldschmidt, op. cit

وحول نظرية سلطان الإدارة ، وأسسها الفلسفية ، والإقتصادية راجع
تفصيلاً :

د . نعيم عطية ، الأسس التقليدية لنظرية حقوق الأفراد العامة في النـكر
المستورى الفرنسى .

مجلس إدارة قضايا الحكومة ، ص٠٢٠٢ ، ع٢ ، يوليو- سبتمبر ١٩٧٦ ،
ص٦٠٤ وما بعدها .

وفي الفقه الأجنبى ، راجع :

Mann (F. A.), The proper law of the contract, I. L.Q., Vol. 8,
1950. P. 61.

Atto Kahn - Freund and others, A Source Book on French Law,
system - methods, 2nd ed., 1979, Oxford, P. 318-319.

Bordeaux (Affaire) Jahn Contre Charry, 71. 1. 1870, en : Freund,

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

op, Cit, P. 330 - 333.

Fathi Abdalla, Le formalisms dans le contrat en droit civil comparé, These, Paris 1967, P. 10et seq, P. 47 et seq, P. 153 et seq.

Robier (P.) Le role de la volonte dans la relation des droits et des devoirs, Archives de philosophie du droit, 1957, P1 et seq.

١٣- راجع في ذلك تفصيلاً :

goldschmidt, op. cit, p. 258 .

Spofford, op. cit, p. 194 .

١٤- راجع في ذلك تفصيلاً :

Fr iedmann (w) the changing structure of international law, land-on, 1964, P. 175.

Mann, proper law of contracts concluded By international persons, B.Y.Bl. L., 1959; p. 49.

El koheri (A.) , stabilite' et evolution dans les techniques utilis-espar les pays en voie d'industrialisation, en :

Le contrat economique international, paris, 1975, p. 290. giadino (A.c.) , La volonte' des parties en droit international prive', R.C.A.D.I., 1972 vol 137, p.795.

١٥- راجع في ذلك : المراجع الواردة في الهامس المتقدم . د. هشام خالد، خصائص وطبيعة ... المرجع السابق ، ص ٣ وما بعدها ، والمراجع الواردة في الصفحات المعينة .

١٦- راجع في ذلك تفصيلاً :

Boggiano, International standard contracts, R.C.A.D.I., vol 170, 1981, p.20 ss.

١٧- قارب :

Delaume, proper law of loans concluded by international persons, A. G. I L., Vol. 56, 1962, P. 63-68,

مع ذلك ، تجدر الإشارة إلى أن العقود النموذجية تلعب دوراً هاماً في حسم المنازعات الناشئة عن العقود الدولية ، وذلك نظراً لشمولها للعديد من الأحكام التي من شأنها إنهاء النزاع المعنى في عدد لا بأس منه من الحالات

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

راجع ذلك في :

Sereni (A.), International economic institutions and the municipal laes of states, R.C.A.D.I., 1959 vol 96, p.227-231.

Schmitthoff, Unification..., op. cit, p.559ss.

Benjamin (p.), The EEC. general conditions of sale and standard form contracts, 1961, J.B.L.113.

David, The Methods of Unification, A.I.C.L., vol 16, no 1.2, 1968, p.22.

Spofford, op. cit, p.196-197.

Mann, Reflections on a commercial law of nations , B.Y.B.I.L., 1957, P.98.

Bonnel, The unidroit inictive for progressivve codification of International Trade law, I.C.L.Q., vol 27 p.413, 430, 4330435 .

Berloz, le contrat d'Adhesion, Paris, 1976, p.63.

Kahn, Lex mercatoria et la pratique des contrats internationaux, in Contrat Economic International, 1975, p.171.

Boggiano, op.cit, 17 ss.

١٨- راجع في ذلك تفصيلاً :

Revue Crit. dr. Int. pr. 1950, p. 609 R.crit. 1952, p.502.

Batiffol, La Sentence Aramco et le droit international prive', R.crit, 1964, p.655-656.

Cheshire's, private international law, By north, London, 1974, p.214.

١٩- في عرض هذا الرأي ، راجع تفصيلاً :

Bauer, Les t raites et les regles de droit international, R.crit., 1966, p.545-546.

٢٠- بخصوص إرتباط القانون بالإجتماع الإنساني ، وليس بالدولة راجع

تفصيلاً :

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

د. جلال العدوي ، القانون والإجتماع الإنساني ، مجلة الحقوق س١٥ ، ٢٤ ، ص٢٠١ وما بعدها .

ماكيفر ، تكوين الدولة . ترجمة :

د. حسن صعب ، بيروت ١٩٦٦ ، ص٤١ وما بعدها .

وفى الفقه الأجنبي راجع تفصيلاً :

Ledrer, International non-governmental organisations, Leyden, 1983, p.67.

Batiffol, Lerole..., op.cit, p. 73074.

وتجدر الإشارة إلى أن النظرية الوضعية ، قد لعبت دوراً كبيراً فى ترسيخ الاعتقاد بأن القانون قرين دائم للدولة .

Reda (H) Is social control the basic function of law ?

مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، س١٤، ع١٦، ١٩٧٢ ، ص١-٤ .

٢١- راجع ما بعده .

٢٢. حول مشكلة الكشف عن إرادة المتعاقدين بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ، راجع تفصيلاً : راجع تفصيلاً :

Lando, scandinavian conflict of law rules respecting contracts, A. J. C. L., 1957, p.3-4.

Law of the nordic states, I.C.L.Q., vol .6, part 4, october 1957, p.589ss.

Lalive, contracts between a state and a state agency and a foreign company, I.C.L.Q., vol 13, 1964, p. 992.

Mann, the proper law of contracts concluded..., op.cit, p.41.

Ramazani, choice of law problems and international contracts, A Case Study, I.C.L.Q., 1962, p.506 ss.

Luzzatte, international commercial Arbitration and the municipal law of states, R.C.A.D.I., vol 157, p62.

Khan (pH.), La vente commercial interational, The'se, paris, 1961, p.302 .

goldschmidt, op.cit, p. 319 ss.

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

Monaco, observations sur les contrats conclus par des arganisations international , Melange, Modinos, pedone, 1968, p.86-87.

Rabel, conflict of laws, chicago, 1950 vol.3, p.8-9.

Mann, The proper..., I.L.Q., 1950, p.60.

Kamel(M.) , The law applicable to International contracts , Revue Egyptien de Droit International, vol 12, T. 1,1956, p. 1 ss.

Mann, The proper law of the contract: ARejoinder, I.L.Q., vol 3, october 1950 , Notes, p. 597 ss.

Cheshire, private international law , 7th ed., p. 192ss.

Wolff, (M.), private international law, London, 1945, 2nd ed., p.400ss. Yentema, am.J.C.L., 1952, p.482ss.

Kelly (s.) ,international contrats and party autonomy, I.C.L.Q., vol.19, 1970, p.701.

Cohn, I.C.L.Q., 1957, p.373ss.

Dicey & Morris, conflict of laws, laws, 8th ed., p. 698.

ورحول إختيار المتعاقدين لأحكام قانون معين وإدماجها في عقدهم , راجع تفصيلاً :

Chitty on Contrctis, 1968, p.840.

Cheshire, op. cit, p.209.

Dicey & Morris, op.cit, p.701, 702.

٢٣- راجع في ذلك تفصيلاً , كافة المراجع الواردة في الهامش السابق , ذات المواضع . وفضلاً عن ذلك راجع أيضاً رسالة الزميل الدكتور أحمد السمنان , تحت عنوان :

A- rad private International law and contracts conflict Rules, A comparative study on principles of Islamic and cili legal systems, First Edition , 1986, Kuwait University, p53ss.

وفي الفقه العربي راجع تفصيلاً :

د. حامد زكي , القانون الدولي الخاص المصري , ط٢ , ١٩٤٠ , ص ٣٣٧ وما بعدها .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

د. عز الدين عيد الله ، القانون الدولي الخاص ، ج ٢ ، ط ٨ ، ١٩٧٧
ص ٤١٧ وما بعدها .

د. محمد كمال فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص ، ط ٢ ، ١٩٧٨
ص ٥٨٣ وما بعدها . مع ملاحظة إنه يرى إقتصار دور قانون الإرادة على
حكم آثار العقد فقط .

د. فؤاد رياض ، د. سامية راشد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص .
دار النهضة العربية ، ١٩٧٤ ، ص ٣٧ وما بعدها .

د. هشام صادق ، تنازع القوانين ، ط ٢ ، ص ٦٧٢ وما بعدها .

د. أحمد عشوش ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، المجلد الثالث
، ١٩٨٧ ، ص ١٩٧ وما بعدها .

د. إبراهيم أحمد ، القانون الخاص ، الكتاب الأول ، تنازع القوانين ،
سيد عيد الله وهبه ، القاهرة ١٩٨٥ - ١٩٨٦ ، ص ٢٢٤ .

د. عصام القصي ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الثاني
في تنازع الاختصاص القانوني - تنازع الاختصاص القضائي ، ١٩٨٧ -
١٩٨٨ ، ص ١٨٤ وما بعدها .

د. جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ، الجزء الثالث
، في تنازع القوانين ، صادر عن معهد الدراسات العربية العالية ، جامعة
الدول العربية - ١٩٦٢ ، ص ٥٤ وما بعدها .

د. جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ١٩٧٠
، ص ٥٣٣ وما بعدها .

د. سامية راشد ، الأحكام الوضعية في تنازع القوانين ، ج ٢ ، دار
النهضة العربية ١٩٧٣ ، ص ١٣٦ وما بعدها .

٢٤. راجع المراجع الواردة في الهامش السابق ، كلا راجع :

د. عز الدين عيد الله ، المرجع السابق ، ص ٤٣ .

٢٥. وهذا ما قرره المحكمة الفيدرالية في سويسرا ، في حكمها الصادر
في ٣١ أغسطس ١٩٥٣ ، حيث قروا مانصبه :

" Le droit, applicable a un contrat resulte de la volonte' expresse
ou tacite des parties ..." Tribunal Federale Suisse, 31 aout 1953, en
: R. crit. dr. int. pr., 1954, p.799.

وهذا أيضاً ما قرره محكمة النقض البلجيكية في حكمها الصادر
في ٢٧ نوفمبر ١٩٧٤ ، وحكمها الصادر في ٢١ فبراير ١٩٧٥ ،

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

حيث قررت ما نصه :

" A defaut de stipulation expresse constatant la volonte' des parties, le juge peut, en cas de conflit de lois, rechercher dans les element de la cause a' quelle loi elles ont entendu soumettre leur engagement contractuels '.

cour de cass . de Belgique, 27 novembre 1974, 21 Fevrier 1975. en; R.crit dr. int. pr., 1976, p. 680.

وفى الفقة الأجنبى راجع :

Cohn, objective, op. cit, p.327.

Mann, proper..., 1950 , p.60. .

Samadan, op. cit, p. 60 ss.

وفى الفقة العربى راجع :

د. حامد زكى ، المرجع السابق ، ص ٣٤٢.

د. جابر جاد ، القانون الدولى الخاص ... المرجع السابق ، ص ٥٦.

د. جابر جاد ، تنازع القوانين ... المرجع السابق ، ص ٥٣٤

د. عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٤٣١

د. محمد كمال فهمى ، المرجع السابق ، الموضوع السابق .

د. فؤاد رياض ، د. سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٣٧٢ .

د. سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ١٣٧ .

د. هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٦٧٢ .

د. أحمد عشوش ، المرجع السابق ، ص ١٩٧ .

د. إبراهيم أحمد ، المرجع السابق ، ص ٢٢٦

د. عصام القصى ، المرجع السابق ، الموضوع السابق .

٢٦- راجع فى ذلك تفصيلاً :

Dicey & Marris, op. cit, p. 704 ss.

Hambro, op. cit, p. 599.ss

Chitty, op, cit, p.837. ss

Cheshire's, op. cit, p. 210.ss

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

Jenks, proper law of International organisations, London, 1962, p.150ss.

Sanders, op.cit, p. 247ss.

Ramazani, op, cit,p. 514.

Friedmann, Arbitration between governments and foreign private firms, pro ceedings of Am. Soc. I.L., 1961, p.74.

وفى الفتحة العريى ، راجع تفصيلاً :

د. أبو زيد رضوان ، الأسس العامة للتحكيم التجارى الدولى ، ١٩٨١ ص ١٣٨ وما بعدها .

د. عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٤٣١ .

د. هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٦٥٤ .

مع ذلك قارن :

Hambro, op.cit , p599.

Lalive, op.cit,p.995.

Dacey & Morris, op. cit, p. 705, note 87.

٢٧. فى عرض هذا النظر ، راجع تفصيلاً :

Cheshire's, op. cit, p. 212.- Chitty, op. cit, p. 833-834.

Lalive, op. cit, p. 1011. - Dacey7 Morris, op. cit, p. 693

د. عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٤٣٢ ، ما بعدها .

د. محمد كمال فهمى ، المرجع السابق ، ص ٥٩٠ .

٢٨. فى عرض هذا النظر :

د. هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٦٥٨ (ط ٣) .

٢٩. راجع على سبيل المثال :

١٩٦٠ من القانون المدنى المصرى .

٣٠. راجع فى ذلك :

د. هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٦٥٩ .

٣١. راجع فى ذلك :

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

د. هشام صادق، المرجع السابق، ص ٦٥٨، هامش ١.

٣٢. راجع ملحق تسوية المنازعات : م ١/٤ ز.

٣٣. راجع في ذلك تفصيلاً :

Fouchard, L'Arbitrage commercial international, paris, 1965, p.379

د. أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ١٢٨ وما بعدها.

ويذهب البعض إلى التشكيك في قدرة الإنسان في حسم المنازعات الدولية الخاصة الجديدة، تلك المنازعات التي تنشأ بين الكيانات الدولية بعضها مع البعض الآخر، أو بينها والأفراد
راجع في ذلك تفصيلاً :

Seyersted, Applicable law in relations between Intergovernmental organisations and private parties, R.C.A.D.I., 1967,3,p.504

د. ثروت حبيبت، دراسات في قانون التجارة الدولية، منشأة المعارف بالأسكندرية، لم يذكر تاريخ النشر، ص ٤١٨.

٣٤. قالتا إن التشريعات الداخلية تهدف إلى حماية المصالح الوطنية للدولة التي أصدرتها، ولا تمنى في الغالب بمصالح التجارة الدولية.

في تقرير هذا النظر. راجع تفصيلاً .

Lepaulle (p.) Le droit international prive', 1948, introduction.

Szasy 91.0, Substantive rules in the in the conflict of laws, comparison of law, Budapest, 1974, p.97.

David, op.cit, p.25.

Dicey, op, cit, p.7. Drucker, soviet views on private international law, I.C.L.Q., vol 19,p. 386.

Berman, consequences in private international law of the development of the role of the state, congres international de droit compare' 6,p.445.

د. أحمد القشيري، الإجهادات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد ٢١، ١٩٦٥ ص ٦٣ وما بعدها.

٣٥. حول المصادر الرسمية وغير الرسمية ، راجع بوجه عام :

Ehrenzweig (A>), Foreign rules as a "Source of law" in : Legal Thought in U.S.A., Brssels, 1970, p.71-72.

٣٦. حول الشروط العامة وقوتها الملزمة في نطاق التجارة لبدولية ، راجع تفصيلاً :

goldschmidt, op, cit, p. 260.

Broches, International legal Aspects of the operations of the world Bank, R.C.A.D.I., vol 98 p.342.

goria, standard conditions and form contracts in Italian law, A.J.C.L., 1962, vol 11, p.1 seq. cour de justice des communautés Europeennes, 14 Decembre 1976, en R. Crit dr.

int. pr., 1977, no 3, p. 576 - 577.

Sereni, op, cit, p. 227, 231.

Bonnel, op, cit, p.436.

مراد فريد ، توحيد القانون الخاص ، مجلة القانون والإقتصاد ، ص٣٤ ، ص٣٤ ، ص٨٠٨ .

٣٧. د. هشام خالد ، المؤسسة العربية المرجع السابق ، ص٨٠٨ وما بعدها .

٣٨. وهذا ما أستقر عليه قضاء محكمة النقض الإيطالية في الحالات النظرية راجع تفصيلاً الأحكام الآتية :

26 April, 1946 .

26 Juin, 1946 .

30 November, 1950 . goria, op. crit, p. 5-6.

والأحكام المتقدمة ، مشار لها في :

وراجع أيضاً :

مراد فريد ، المرجع السابق ، ص٨٠٨ .

٣٩. في الأجل بقات النظر في موضع عائلي ، راجع :

goria, op, cit, p.4.

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

٤٠- في الأخذ بنظر مقارب في موضع مماثل ، راجع تفصيلاً :

محكمة إستئناف أبو ظبي ، إستئناف مدني رقم ١٩٥ / ١٩٧٦ ، مجلة العدالة ، ص ٥٠ ، ١٧٠ ، يناير ١٩٧٨ ، ص ١٤٨ .

مع ذلك قارن :

د- ثروت حبيب ، المرجع السابق ، ص ٦٨ .

٤١- في عرض هذا النظر ، راجع :

goria , op. cit, p.7.

Boggiano, op. cit, p.21

٤٢- وهذا هو مسلك القانون الألماني ، الهولندي ، الإيطالي ، الفرنسي والبلجيكي ، والأسباني ، والأرجنتيني . وتأخذ بذات النظر العديد من التشريعات .

راجع تفصيلاً :

Rodiere (R.), Harmonisation du droit des affaires dans les pays du Marche Commun, la Formation du Contrat. paris 1976 , p.101.

مشار إليه في :

Boggiano, op.cit, p. 25, 97, note 32.

وراجع أيضاً في :

goria, op. cit, p.4.

٤٣- حول تقرير ذات النظر في موضع مماثل ، راجع تفصيلاً :

Cotsonis (I.) usage in modern canon law , Rapports generaux au Ve_ Congress int . de. Compare, Brusselle , 1960 . vol i , p.73.

Reuter, Judicial and institutional aspcts of the european regional communities , in: Melvin , European Integration, 1962, p.48

٤٤- في الأخذ بذات النظر في موضع مماثل ، راجع تفصيلاً :

Srarke Introduction to International law, London , 1967, p.38-39

Joldstajn, permanent and Ad hoc arbitration , in International Economic and Trade law, By schmitth off and simmonds , Leyden, 1976, p.191-192.

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

Lex Mercatoria - ٤٥

Trananational Law . - ٤٦

٤٧. راجع في ذلك بالتفصيل :

Kahn, Lex Meratoria et pratique des contrats Internationaux in :
contrat international ..., op. cit, p.171.

goldman, Frontieres du droit et lex mercatoria, Archives de la
philosophie de droit, T.Ix, 1964, p. 177 et sep, p.181 kegel, crisis...,
op. cit, p. 257.

Fawcett, Trade and finance in international law, R.C.A.D.I., vol
123, p.219 ss.

٤٨. راجع في ذلك تفصيلاً :

goldman, op. cit, p.185.

kahn, op: cit, p.171-172.

٤٩. في هذا المعنى ، راجع :

goldman, op. cit, p.185.

kahn, op.cit, p.171-172.

goldman op. cit, p. 178ss. - ٥٠ -

Madal, Foreign trade monopoly and private international law, Bu-
dapest, 1967, p. 20-21.

Schmithoff, International..., op. cit, p.261.

٥١. في عرض هذا النظر

Vitta, International conventions,

R.C.A.D.I. vol 126, p.201.

وقارب :

Kahn, op. cit,p.173.

وقارن :

Madal, op. cit, p.20-21

٥٢. في عرض هذا النظر ، راجع :

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

Madal, op. cit, p.20-21.

Kahn, op. cit., p.171 - ٥٣

goldman, op.cit, p.177.

Kahn, op.cit, p.171. - ٥٤

٥٥ - في هذا المعنى تقريباً ، راجع :

Sanders, p.263.

Fawcett, op.cit, p.220.

Kegel, op.cit, p.258.

Madal, op. cit, p.18.

- ٥٦

Kegel, op. cit, p.260ss

ومشار إليه أيضاً في :

Vlta, op. cit, p.201-2020 Kahn, op.cit, p.173.

مع ذلك قارن ؟

goldman, op. cit, p.177.

Kahn, Loc. Cit.

- ٥٧

Kahn, Op. Cit, P.

- ٥٨

173 - 176.

Kahn, Op. Cit, P. 181 - ٥٩

Kahn, Op. Cit, P. 182

- ٦٠

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

المخاطر الإدارية

للسيد الاستاذ

عبد العاطي عبد المقصود بدر
الحامى

مقدمة :

إذا كان نظام العقد فى ظل القانون الخاص يقدم على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يستطيع متعاقد واحد بإرادته المنفردة أن يعدل منصوص العقد الذى يجب تنفيذه بالأسلوب والطريقة المتفق عليها .

فالامر بلاشك على خلاف ذلك فى مجال عقد القانون الإدارى فتمتد أهم عقد إدارى فهناك مجموعة من القواعد الخاصة تصبح بحكم القانون واجبة التطبيق وهذه القواعد الخاصة هى التى فرضت عم المساواة القانونية بين الفرد المتعاقد الذى لا يسمى إلا لتحقيق مصلحة خاصة والإدارة التى تملك حق تعديل عقد وهى الإدارية إذا ما اقتضت ذلك المصلحة العامة لأن هذه المصلحة الخاصة

لا ينبغي أن تقف حائلا أمام المصلحة العامة إذا ما دعت الحاجة الى وجوب تعديل العقد الإدارى وهكذا فإن نظرية عدم ثبات العقد الإدارى تعتبر اليوم خروجاً على المبدأ الأساسى فى القانون الخاص وهو عدم المساس بالقوة الملزمة للعقد المبرم بين الاطراف فالثبات المطلق لعقد القانون الخاص يجب أن يحل محله عدم ثبات العقود الادارية فالعقد الادارى يعتبر اليوم وسيلة فنية قانونية موضوعية تحت تصرف الادارة تستعين بها لضمان السير الطبيعى للمرافق العامة على أساس أن هذه الوسيلة القانونية هى أكثر سهولة وفاعلية من وسائل القانون الخاص وهكذا يمكن القول أن نظرية عمل الامير أو كما تسمى " فعل الادارة " تأتى لتحد من القول الملزمة للعقود الادارية وعدم الثبات كل أنواع التعديلات

والتغيرات التى يمكن أذخالها على القوة الملزمة للعقود ولكن ليس معنى ذلك أن هذه النظرية تقضى تماماً على القوة الملزمة للعقود الادارية ولكنها تحد من مدى هذه القوة .

تعريف النظرية :

نظرية عمل الأمير قديمة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى وهى من خلق هذا المجلس ولم تعرف فى مصر الا مع بداية إنشاء مجلس الدولة المصرى فى سنة ١٩٤٦م وعلى الرغم من انتشار هذه النظرية فهى لا تزال غير واضحة المعالم والحدود .

ويطلق الاستاذ الدكتور / توفيق شحاتة اصطلاح المخاطر الادارية على نظرية فعل الأمير ويعرضها بأنها كل اجراء تتخذه السلطات العامة من شأنه أن يزيد فى الأعباء المالية للمتعاقد مع الادارة وفى الالتزامات التى ينص عليها العقد مما يطلق عليه

بصفة عامة المخاطر الادارية (١)

. بينما يعرضها البعض بأنها الاعمال الادارية المشروعة التي تصور عن السلطة العامة التي أهرمت العقد لها على تنفيذ العقد أثر يضر بمصالح المتعاقد (٢).

ويعرضها أستاذنا العميد الدكتور سليمان الطماوي بأنها عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه تسوؤ مركز المتعاقد في عقد إداري ويؤدي الى التزام جهة الادارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد (٣).

تقسيم:

ينقسم بحثنا في نظرية عمل الأمير الى ثلاثة أبواب :

الباب الأول

ونتناول فيه الشروط العامة لتطبيق النظرية وأساس تطبيقها ونسوزع الدراسة فيسه على فصلين :

الفصل الأول : أساس النظرية

الفصل الثاني : الشروط العام لتطبيق النظرية

الباب الثاني

نطاق تطبيق النظرية

الفصل الأول : عمل الأمير

في صورة إجراء خاص .

الفصل الثاني : عمل الأمير

في صورة إجراء عام .

ونبين في كل منهما

الاجراءات التي تؤدي الى

تعديل شروط العقد والتي تؤثر

في ظروف التنفيذ .

الباب الثالث

الفصل الأول : أساس التعويض

الفصل الثاني : كيفية تحديد

التعويض وعناصره

الباب الأول

الشروط العامة لتطبيق النظرية

وأساس تطبيقها

ونظرية عمل الأمير من خلق

مجلس الدولة الفرنسي المتحور

من جمود القواعد القانونية

لذلك يستقى حلوله من كل

النظم وخاصة قواعد الحق

والعدالة . فطالما عدلت الادارة

من عقودها فان أعمال قواعد

العدالة ومراعاة قاعدتها حسن

النية تلزم بتعويض كافة النتائج

الضارة المترتبة على تصرفها .

تقسيم :

توزع الدراسة في هذا الباب

على فصلين حيث نتناول في

الفصل الأول أساس النظرية

حيث يعد هذا المدخل الحقيقي

لبحثنا في نظرية عمل الأمير ،

ونتناول في الفصل الثاني

الشروط العامة لتطبيق

النظرية .

الفصل الأول : أساس النظرية

يثرده الفقه بين أربع نظريات

لتهريب النظرية (٤)

(٥) - نظرية التوازن المالي

للعقد :

تعتبر نظرية التوازن المالي

للعقد من الخصائص الذاتية

لنظرية العامة للعقود الادارية .

وجرياً مع ما ذهب اليه الغالبية

نرى أنها الأساس العام لنظرية

عمل الأمير .

وقد ورد مبدأ التوازن المالي

للعقد الاداري في عبارات

لا زالت تذكر دائماً (٦) اذا

انهار اقتصاد العقد من الناحية

المالية وإذا كان إستعمال السلطة

مانحة الألتزام لسلطتها في

للمتعاقدين الحق في التعويض ولكن هذا التعويض ليس مبنياً على خطأ الإدارة ، وليس للمتعاقدين أن يطلبوا إبطال التصرف الصادر بالتعديل وكل ما يمكن أن يطالب به التعويض بل وعليه أن يستمر في تنفيذ العقد والا تعرض للعديد من الجزاءات .

وفي البحث عن أساس للربط بين التزام الإدارة بتعويض الضرر الذي يصيب المتعاقد نتيجة تدخلها بالتعديل فقد ابتدع الفقه هذه النظرية على أن التوازن هنا لا يعني التوازن الحسابي ولكن التوازن الشريف بين الإلتزامات والحقوق التي كانت محل إعتبار المتعاقد وقت إبرام العقد وإن هذه الحالة هي التي حملته على التعاقد ويقول إستاذنا العبد سليمان الطاوي أن مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري لا يكفي لتبرير التعويض في جميع الحالات التي يحكم فيها القضاء الإداري بتعويض المتعاقد دون خطأ من جانب الإدارة ، ويستطرد أستاذنا إلى القول بأن فكرة التوازن المالي تنطوي على

مع الصالح العام (١٥) .

فالعدالة تقتضي تعويض المتعاقد مع الإدارة عن كل ضرر يتأله من جراء تدخل الإدارة كما يعتبر ذلك مصلحة المرفق العام لأنه يمكن المتعاقد من الوفاء بالتزاماته ويشجع الأفراد على التعامل مع الإدارة .

وقد أخذت محكمة القضاء الإداري بالأفكار الراجعة فيما يتعلق بنظرية التوازن المالي للعقد الإداري وذلك في حكم لها بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣ حيث جاء في حشيتها " أن الفقه والقضاء الإداري قد أمر بنظرية الظروف الطارئة ونظرية التوازن المالي للعقد ، وغير من النظريات والقواعد التي تحقق بقدر الامكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها . . . وذلك بتعويض المتعاقد في أحوال وبشروط معينة ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة . . . " (١٦) .

وخلاصة ذلك:

أن للإدارة حق التعديل وفي مقابل هذه المكنة يكون

التدخل قد أدخل بهذا التوازن بين المزايا والأعباء أو بين الإلتزامات والحقوق فلا شيء يحول بين الملتزم والالتجاء الى قاضي العقد ليثبت أن التدخل رغم كونه مشروعاً في حد ذاته وملزماً له قد أصابه بضرر يستجوب التعويض .

وفكرة التوازن المالي للعقد فكرة تمبر للمتعاقدين مع الإدارة الحصول على تعويض يغطي ما يتحمله المتعاقد من ضرر نتيجة التفاوت الكبير - الذي حصل بسبب تعديل العقد - من قبل الإدارة بين التزاماته وحقوقه حتى في حالة سكوت العقد عن ذلك لأن هذه الفكرة إقتضتها إعتبرات عملية متعلقة بالصالح العام حيث أن الإدارة وهي المسئولة عن تحقيق الصالح العام يقتضى منها ذلك الهدف إن تتعامل وتعاقد مع ذوي الكفاءة الفنية والمالية من الناس لذلك يكون في غير مصلحة الإدارة أن يضحى بالمصالح المشروعة للمتعاقدين معها وإلا أدى ذلك إلى نفور الأكفاء من الناس من التعاقد مع الدولة وهذه نتيجة لاتتفق

حقيقة لا شك فيها ولا يمكن إنكارها وأن التزامات التعاقد تقتضي مرونة حقوقه في مواجهة الإدارة ومن الطبيعي أن تتناسب حقوق التعاقد مع التزاماته زيادة ونقصاً متى كانت بفعل الإدارة ولكن ذلك لا يعنى وضع نسبة حسابية صارمة بين الحقوق والالتزامات^(٧).

فمبدأ التوازن ليس سوى توجيه عام يستوجب الإبقاء على طبيعة العقد كما كانت عند التعاقد . وعموماً قد تزيد الإدارة من الالتزامات المترتبة على العقد أو قد تنقص منها ولكن عليها ان تحتفظ بتوازن العقد الاقتصادي ابقاء على خواصه الاصلية .

وبالتالى نرى الأخذ بنظرية التوازن المالى للعقد الإدارى كأساس عام لنظرية عمل الأمير وخاصة لان مسئولية الإدارة المتعاقدة فى إعادة التوازن المالى للعقد لاتتصل بفكرة الخطأ لان الاجراءات التى إتخذتها الادارة المتعاقدة وسببت ضرر للمتعاقد معها هى

اجراءات مشروعة فى ذاتها .

نظرية الاثراء بلا سبب:

يذهب الفقيه هوريو الى القول بان أساس التعويض يقوم على فكرة الإثراء بلا سبب فما دامت الإدارة قد أنقصت بقرار صادر من جانبها المزايا المالية التى اتفقت عليها مع متعاقديها فانها تكون بذلك قد أثرت دون ان يستند هذا الاثراء الى سبب فى العقد .

وقد انتقدت هذه النظرية اذ أنها تخضع التعويض لضرورة إثراء لصالح الإدارة . على حساب المتعاقدين بينما التعويض يدفع للمتعاقد مع الإدارة اذا لم تصب الإدارة أى ائراء لانه عند تعيين التعويض لا يدخل فى الاعتبار الا ما يكون قد صاب المتعاقد من اضرار لحقت به وما فاتته من كسب . كما أن القول بهذه النظرية كاساس للعمل الأمير يؤدى الى إستبعاد التعويض عندما ما يكون التعديل أمرت به سلطة أخرى غير السلطة المتعاقدة^(٨).

نظرية مبدأ المساواة امام الاعباء العامة :

هذا المبدأ من المبادئ العامة التى استحدثتها القانون الإدارى ومقتضاة ان الافراد ملزمون بالمساهمة فى تحمل التكاليف العامة بقدر يتناسب مع مراكزهم وقدرتهم ومكانتهم الخاصة . والمتعاقد مع الادارة يساهم فى نشاطها مساهمة خاصة ويتحمل من جراء ذلك عبثا يزيد عما يتحمله غيره من الأفراد صحيح أنه . ليحصل مقابل هذا العبء الخاص على عوض إجمالى ولكن اذا ما تقررت للإدارة سلطة زيادة هذا العبء الخاص دون أن يعرض المتعاقد معها عن تلك الزيادة لاختل مبدأ مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة إذ أن المتعاقد يتحمل وحده ضريبة تقع اعباؤها عليه دون بقية المواطنين . ومبدأ المساواة أمام الاعباء العامة يصلح اساساً للتعويض سواء صدر اجراء التعديل من السلطة المتعاقدة أو غيرها وسواء كان التعديل بمس العقد بطريقة مباشرة أم بطريق غير مباشر^(٩) على أن تعديل العقد إذا كان عام بمعنى ان الاجراء بمس المتعاقد والغير أيضاً فينبغى

في هذه الحالة تحديده بقيدتين هما :

١ - أن يكون الضرر الذي لحق المتعاقد ضرر خاص .

٢ - أن يترتب على الضرر إختلال التوازن المالي للعقد^(١٠)

نظرية المسؤولية التعاقدية للإدارة يرد بعض الفقهاء مصدر التزام الإدارة المتعاقدة بالتعويض على نصوص العقد نفسه وذلك على إعتبار أن المتعاقد مع الإدارة لم يتعهد في العقد إلا بالقياس الى محل ثابت بالذات وعلى أساس سبب محدد وأنه لم يقبل بعض الالتزامات الا بمقابل عيني .

غير أن محل العقد الإداري ليس ثابتاً إنما هو متطور وينبغي أن يساير مقتضيات المستجدة فتعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة بالزيادة أو التناقص حتى يكون المرفق العام متساوياً للتطور يستتبع تعديل العرض الذي يحصل عليه والا كان محل العقد على أثر تعديله أو إنهائه مفتقراً الى سبب وصار الالتزام باطل .

هذه الفكرة تصلح الى حد بعيد لتأسيس التزام الإدارة المتعاقدة بالتعويض في حالة تعيل نص من نصوص العقد من جانبها وحدها ولكنها قاصرة في تبرير التعويض في حالة اذا كان الإجراء المعدل للمركز المالي للعقد صادر من جهة أخرى خلاف الجهة المتعاقدة^(١١) .

فليس كل تعديل يحدث ضرر للمتعاقد ولا يمكن تصور وجود مسؤولية بدون ضرر فالضرر شرط أساسي لكل مسؤولية .

ثم أن تعديل العقد من الممكن أن يكون مفيداً للمتعاقد نفسه ومن ثم قد لا يستحق هذا المتعاقد بداية أى تعويض حتى ولو كانت الإدارة قد فسخت العقد أو قللت من أهميته أو حتى اذا كان تنفيذ العقد يعتبر باعظا ومكلفاً للمتعاقد^(١٢) .

وعلى ذلك : اذا ما طلبت الإدارة من المتعاقد أن يرفع أجور عماله حتى تتساوى مع الأزدیاد المطرد في أجور اليد العاملة . فلا يكون للمتعاقد الحق في طلب التعويض ذلك

أن ما فعلته الإدارة مجرد لفت النظر للمستوى الجاري للمرتبات والأجور . أما اذا ما فرضت الإدارة على المتعاقد معها أن يدفع مرتبات وأجور أعلى من المعدل العادي للأجور السائدة فيكون هناك موجب للتعويض .

على أنه لا يشترط في الضرر درجة معينة من الجسامه فقد يكون الضرر جسيم أو يسيراً وقد يتمثل في ضرر فعلى يصيب المتعاقد وقد يكون مجرد انقاص في الربح الذي عول عليه وكل ما يتطلبه مجلس الدولة الفرنسي حدوث إختلال في التوازن المالي للعقد^(١٣) .

وإختلال التوازن المالي للعقد يقتضى فحص هذا العقد في مجموعه لا النظر الي عنصر من عناصره فقط^(١٤) .

الفصل الثاني : الشروط العامة لتطبيق النظرية

لاشك أن عقد التعاقد في التعويض الكامل على أساس نظرية عمل الأمير يفترض توافر شروط معينة : -

الشروط الأولى : أن يكون هناك

عقد إدارى .

يجب أن يكون هناك ثمة عقد من العقود الادارية بمعناها المتفق عليه بنظرية عمل الأمير من الأفكار الادارية التى لا مقابل لها فى القانون الخاص ولهذا فلا محل لتطبيق نظرية عمل الأمير الا بصدد منازعة تتعلق بعقد إدارى (١٦) . اذ بغير ذلك لا يثار مجال أعمال هذه النظرية وقد أكدت المحكمة العليا ضرورة توافر هذا الشرط حيث ذكرت " متى كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجا عن نطاق الرابطة العقدية فإن طلب التعويض عن الاضرار التى تترتب على التشريع الجديد استناداً الى نظرية عمل الأمير يكون على غير أساس سليم من القانون إذ من المقرر أن المسؤولية التى تترتب التعويض فى نطاق نظرية عمل الأمير لا تقوم الا فى حالة ما اذا كان المضرور بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة رابطة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد بأن زاد فى الأعباء التى يتحملها فى تنفيذ التزاماته بمقتضى العقد وأن

تؤدى هذه الزيادة فى الأعباء المالية الى الاختلال بالتوازن المالى للعقد " (١٧)

الشرط الثانى : أن يترتب على العمل ضرر التعاقد .

هذا الشرط يتضمن بالضرورة شرطا بديهيا هو أن يكون العقد جرى تعديله وأن هذا التعديل أصاب التعاقد بنوع من الضرر وإذن فلا يستطيع التعاقد أن يطلب التعويض مالم يثبت أن التدبير الذى على أساسه يتمسك بفعل الأمير قد أحدث له ضرر وهذا المبدأ أصبح مستقراً ويجرى عليه القضاء .

الشرط الثالث : أن يكون العمل صادر من جهة الادارة المتعاقدة .

إذا كان إختلال التوازن المالى للعقد نتيجة لعمل أو لتقصير من جانب المتعاقد مع الادارة فانه يتحمل وحده نتيجة عمله أو تقصيره .

وإذا كان نتيجة لعمل الادارة المتعاقدة أو لتقصيرها فتطبق نظرية فعل الأمير . أما

إذا كان نتيجة لاجراءات عامة تتخذها سلطة عامة غير الجهة الادارية المتعاقدة مثل تحديد الأجور وأسعار السلع وبصفة عامة التشريعات الاجتماعية أو العمالية أو الضرائبية أو الاقتصادية فان مجلس الدولة الفرنسى يطبق بشأنها نظرية الظروف الطارئة لا نظرية عمل الأمير (١٨)

الشرط الرابع : أن الإدارة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار .

إن إلزام الإدارة بمقتضى العقد لا يمكن أن يقيد تصرفاتها كسلطة عامة تستهدف تحقيق الصالح العام فإذا ما تصرفت جهة الادارة المتعاقدة فى حدود سلطاتها وترتب على تصرفها ضرر للمتعاقد فان الادارة تسأل فى نطاق عمل الأمير بصرف النظر عن قيام خطأ فى جانبها ذلك أن المسؤولية فى نطاق تلك النظرية وإن كانت مسئولية عقدية إلا أنها مسئولية عقدية بلا خطأ أما اذا انطوى تصرفها على خطأ فأنها تسأل على أساس هذا الخطأ (١٩)

الشرط الخامس: أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع .

إذا كان الإجراء الذي حدث من الممكن عادة توقعه أثناء إبرام العقد فأنه يفترض أن المتعاقد كان قد نظر اليه بعيني الاعتبار . وشرط عدم توقع الإجراء واضح لاختلاف عليه فيما يتعلق بالإجراءات العامة ولكن عمل الأمير يغطي الإجراءات الخاصة التي تصدر من الإدارة وتؤدي الى تعديل شروط العقد وعلى ذلك فان كل تعديل في هذه الحالة يعتبر متوقعاً فالتناقض مع الإدارة لا يهد وان يعلم بصفة أكيدة بحقها دائماً في ان تدخل بطريق مباشر وغير مباشر تعديلات على عقودها الادارية واذا كان هذا يبدو صحيحاً إلا أن شرط عدم التوقيع المقصود لا ينصرف الى أصل الحق في التعديل فهذا التعديل متوقع من الإدارة دائماً ولكن عدم التوقيع هو حدود هذا التعديل ومداها فإذا نظم العقد كيفية إجراء التعديل ومداها استبعدت النظرية أما اذا لم ينظم العقد كيفية ممارسة هذا

الحق فان النظرية يطبق (١٩)

ويجب ان يراعى فيما يتعلق بتنفيذ العقود المتراخية التي تمتد لمدة طويلة ضرورة التمييز بين ما يقع من مخاطر عادية ومن مخاطر غير عادية والمخاطر غير العادية هي التي تخرج عن حد المألوف وغالباً تكون ذات طابع اقتصادي أو تترتب عليها نتائج اقتصادية أو وقوع أزمة اقتصادية بل يمكن ان تطبق النظرية اثر وقوع حوادث طبيعية مثل حدوث فيضان غير متوقع (٢٠).

هذا وقد أجمعت المحكمة العليا شروط تطبيق نظرية عمل الأمير في حكمها الصادر في ٢٠ مايو سنة ١٩٦١ حيث جاء في حيثيات حكمها ما يلي :

" اذا كانت العلاقة بين الطاعن والإدارة هي عقد إداري فان شروط نظرية " فعل الأمير " التي استند اليها الطاعن في تقرير أحقيته في التعويض غير متوافرة في حالته

ذلك ان شروطها هي ... " (٢١) وهي ذات الشروط التي اوردناها وقمنا بشرحها فيما

سبق .

الباب الثاني

نطاق تطبيق النظرية

يختلف نطاق النظرية باختلاف ما إذا كانت الإجراءات المتخذة تؤثر على العقد فتعد له تعديلاً مباشراً أو تعديلاً غير مباشر . والتعديلات المباشرة هي تلك التي تكون نتيجة إجراءات نفس نصاً من نصوص العقد أو مجموع النصوص مساساً مباشراً ، أما التعديلات غير المباشرة فإنها تكون نتيجة إجراءات تنظيمية عامة (قوانين أو لوائح) لا يقصد بها تعديل العقد نفسه ولكنها تؤثر على العقد فتجعل تنفيذه أشد عسراً أو أكثر نفقات أو أقل أرباحاً .

وفيما يلي نعرض تفصيلاً لهاتين الصورتين فندرس على التوالي :

الفصل الأول : عمل الأمير في صورة إجراء خاص .

الفصل الثاني : عمل الأمير في صورة إجراء عام

الفصل الأول : عمل الأمير

في صورة إجراء خاص

هذه الصورة الأولى من عمل الأمير فقد يتخذ في العمل صورة إجراء خاص يؤدي إما إلى المساس بنصوص العقد ذاتها أو يعدل من شروط تنفيذه فللأدارة الحق دائماً في أن تتدخل مباشرة وتعديل من التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقص .

وعلى ذلك تقسم هذا الفصل إلى مبحثين : -

المبحث الأول : الإجراءات التي تؤدي إلى تعديل شروط العقد .

المبحث الثاني : الإجراءات التي تؤثر في ظروف التنفيذ .

المبحث الأول

الإجراءات التي تؤدي إلى تعديل مباشر في شروط العقد .

للأدارة الحق في أن تتدخل مباشرة بقرارت منها وأن تعدل في التزامات المتعاقد معها سواء بالزيادة أو بالنقص كالقرار الذي يصدر من السلطة الإدارية بتعديلات في شروط التعاقد ومن قبيلها زيادة نطاق

الأعمال التي يعهد بها إلى المتعاقد مع الإدارة أو على العكس تضيق نطاق هذه الأعمال عن الحد المتفق عليه والذي كان المتعاقد مع الإدارة يعتد عليه لتحقيق أرباحه .

وهذا الحق الخطير من جانب الإدارة يقابله حق المتعاقد في ضمان التوازن المالي للعقد . ومن ثم فإن نظرية عمل الأمير تتمثل هنا من أحلى صورها حيث تعتبر مثل تلك التدخلات دائماً النموذج المثالي لهذه النظرية .

ولا خلاف بين الفقهاء ولا في أحكام القضاء على ضرورة تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً عما يلحقه من جراء تعديل شروط العقد .

وكل ذلك بشرط أن تحترم لإدارة الإلتزامات المفروضة عليها فسلطة الإدارة في هذا الخصوص ليست سلطة مطلقة تمارسها لمحض إختيارها والقول بغير ذلك يعني أن العقد الإداري يلزم الأفراد ولا يلزم الإدارة ذلك مالا يمكن التسليم به وإلا لأهدرنا فكرة العقد

الإداري من أساسها .

فالتعاقدان في العقد الإداري قد لا يكونان على قدم المساواة ولكنه عقد ملازم للإدارة وللأفراد في الحدود التي تنفق وطبيعة الروابط الإدارية فلم يصلح مجلس الدولة الفرنسي أو المصري لإدارة بتلك السلطة الخطيرة إلا بقصد تمكين الإدارة من تحرير العقد بما يجعله ملائماً للصالح العام ولكن تلك السلطة لا تعني بأي حال من الأحوال عدم التزام الإدارة بعقودها (٢٢) فسلطة الإدارة في التعديل تقتصر على الشروط التي تتصل بمصلحة المرفق فلا تتناول تلك التي تتصل بالروابط المالية بين المتعاقدين وفي داخل هذا النطاق لا يجوز للإدارة - في إجراءات تعديل العقد أن تتجاوز الحدود الطبيعية من حيث إمكانيات التعاقد معها الفنية أو المالية أو أن يصل التعديل الذي تجرته الإدارة إلى حد تغيير جوهر العقد كلية ولا كان للمتعاقد منها في الحاليتين أن يطلب إلى القضاء فسخ العقد (٢٣) وكما أوضحنا سابقاً أن هذا الحق الخطير المقرر

ويدخل في هذه الطائفة الإجراءات الآتية ما يلي :-

(١) حالات حكم فيها بالتعويض

(١) إجراءات الرقابة والتوصية في تنفيذ العقد:

للإدارة سلطات تكفل لها الرقابة والتوصية على تلك العقود أثناء تنفيذها ولا شك أن الأوامر المصلحية الصادرة عن الإدارة بالتعديل تثل صورة حقيقة ومباشرة تبرز لنا حقيقة سلطة التوجيه التي تباشرها .

فمثل تلك الإجراءات وإن لم يكن القصد منها أحداث تعديل في شروط العقد إلا إنها قد تؤثر بالضرورة على شروط تنفيذ الأمر الذي يترتب عليه أن يتكبد المتعاقد بعضاً من النفقات وتمثل الإجراءات في أحلى صورها فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة .

(٢) إجراءات البوليس :-

هذه الإجراءات تعد المثل النموذجي للأجراءات التي يمكن أن تمس شروط تنفيذ العقد أن تقترب من المساس بنصوصه .

للإدارة مقابلة حق المتعاقد في إقتضاء التعويض اللازم نتيجة هذه التعديلات فإذا ما خرجت الإدارة على تلك القيود فإن تصرفها ينطوي على خطأ تعاقدى ومن ثم نخرج من نطاق نظرية عيب الأمير التي تقوم على غير أساس الخطأ - وتسال الإدارة على أساس الخطأ مسؤولية قد تؤدي إلى فسخ العقد على حسابها مع تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً .

المبحث الثاني

الإجراءات التي تؤثر في ظروف التنفيذ

قد يكون الإجراء الخاص الذي تتخذه جهة الإدارة غير مؤثر بطريق مباشر على شروط العقد ولكنه يؤدي إلى تغير في ظروف تنفيذ العقد بما من شأنه أن يحمل المتعاقد أعباء جديدة كان يستتبع إضافة في النفقات تسبب نوعاً من الضرر للمتعاقد .

وحينئذ يتعين تعويض المتعاقد أيضاً تعويضاً كاملاً على أساس التوازن المالي للبعد .

ويترتب عليه زيادة أعباء المتعاقد ففي حكم لمجلس الدولة الفرنسي الصادر ٢٩ إبريل سنة ١٨٩٨ حيث أن الطرد الذي أمر به وزير الداخلية لعمال أجانب (إيطاليين) يستخدمهم أحد المقاتلين في تنفيذ العقد على أثر مظاهرة قام بها هؤلاء في موقع العمل لا يفتح الباب أمام المقاتل في طلب التعويض . ذلك إنه كان إستعمال اليد العاملة ليس محرماً إلا إنه يبقى على أى حال خاضعاً لتنفيذ التدابير التي تستوجبها دواعي الأمن العام .

وفي تعليق على هذا الحكم يلاحظ الفقيه " دي لويدير أن عمومية الصيغة التي إستعملها المجلس يجب إلا تخدعنا في هذا الصدد . فهناك أحكام أخرى لهذا المجلس خاصة بقضائه المتعلق بنقل الكهربائية التي أدت بها الإدارة لاسباباً تتعلق بفكرة تدابير الأمن والنظام مثل تلك الإجراءات وإن كانت تتدخل في نطاق نظرية عمل الأمير إلا أنه من النادر أن تعطى الحق في التعويض .

ويرفض الأستاذ الدكتور ثروت بدوى فكرة أن الإجراء السابق إجراء عام نادى بذلك القبة لوبادير هذا القضاء . ذلك الإجراء الصادر من وزير الداخلية كان يحرص إلى حالة محدودة هى طرد العمال الأجانب الذين أثاروا بعض الإضطرابات ولكن النتائج الضارة المترتبة على هذا الإجراء تحملها المتعاقد مع الإدارة . ولذلك يجب أن تكون المسئولية على عاتق الجهة الإدارية . ويقول أستاذنا بأنه يمكن تبرير الحكم بالتعويض على أساس أن هذا الإجراء رغم كونه مؤثر على مركز المتعاقد فإنه لا يصيبه بوصفه متعاقد وإنما مواطناً يجب أن يخضع كغيره لإجراءات وتدابير البوليس (٢٤)

(٣) قيام الإدارة بلاشغال العامة :

قد تقوم الإدارة بأشغال عامة تسبب للمتعاقد أضرار فى تنفيذ العقد وعندئذ يستحق تعويضاً على أساس نظرية عمل الأمير حتى لو أغفل العقد تنظيم هذا الموضوع لأن هذه

الأشغال يترتب عليها إخلال بحقوق الإستعمال والإستغلال المقرر للملتزم الدمين العام .

(٤) قيام الإدارة بأعمال مادية

الإدارة المتعاقدة تقوم من جانبها بعمل مادى من شأنه زيادة أعباء المتعاقد ويسبب له إضرار بتعويض المتعاقد الذى أصيب بهذه الإضرار دون إستلزام

خطأ من جانب الإدارة أى تطبيقاً للنظرية عمل الأمير .

ثانياً : حالات رفض فيها التعويض :-

يجمع جانب من الفقية على أن مجلس الدولة الفرنسى فى حالات يمكن أن تتدرج فى النطاق السابق لم يقضى بالتعويض وهى تتمثل أساساً فى الحالتين التاليتين :

(١) تعاقد الإدارة فى بعض الحالات مع الأفراد على أساس أن تضع تحت فهم المساجين فى سجن معين فإذا حدث وسحبت الإدارة بعض هؤلاء المساجين عما أنقص عددهم . فلا يحق للمتعاقد

المطالبة بالتعويض عن ذلك سواء أكان مرجع هذا التصرف إلى نقل المساجين من سجن إلى آخر أو تعديل فى التشريع الجنائى .

ويفسر الفقهاء مسلك مجلس الدولة الفرنسى هذا بطبيعة تلك العقود فالتعاقد يعلم سلفاً أن عبد المسجونين قابلاً للزيادة أو النقص فى جميع الحالات وإن الإدارة لا يمكن أن تضمن له عدد محدوداً ومن ثم فإن العمل متوقع فينتد شرط من ظروف تطبيقه (٢٥)

(٢) لا يعرض مجلس الدولة على أساس عمل الأمير إذا كان الضرر الذى يطالب به المتعاقد يرجع إلى إرتفاع الأسعار نتيجة لتدخل الإدارة فى السوق ولشرائها كميات كبيرة من البضائع موضوع التعاقد . أو قياسها بوضع أسعار أعلى فى عقود مشابهة فى وقت معاصر وفى هذا الإقتراض فإن رفض التعويض يمكن تفسيره على أساس أن الضرر ليس مباشر ويبرر فيه هوريو - رفض التعويض - بأن

الدولة الفرنسي . وعلى ذلك لا يجب الأخذ به اليوم حيث أصبح مقبولا أماكن التعويض الكامل على أساس نظرية عمل الأمير في حالات عديده مناسبه الاجراءات مقبولا أماكن التعويض الكامل على أساس نظرية عمل الأمير في حالات عديده مناسبه الاجراءات العامة .

وقد يؤدي الاجراء العام الصادر من السلطة العامة إما الى تعديل مباشر في شروط العقد وإما الى التأثير في ظروف التنفيذ الخارجية وهذا سننرسه في البحثين الأول والثاني .

المبحث الأول

الاجراء العام الذي يؤدي الى تعديل شروط العقد :

قد يؤدي التشريع أو اللائحه الى تعديل مباشر في شروط العقد اما بتعطيل بعض الشروط أو بتعديل فحواها أو بإنهاء العقد قبل الاوان ويلاحظ كثرة هذه الاجراءات في الوقت الحاضر نظرا لازدياد الطابع الاشتراكي للدولة الحديثة وتعيين تعويض المتعاقد على

الفصل الثاني : عمل الأمير في صورة اجراء عام :

يقصد بالاجراء العام قوانين أو لوائح من جهة الادارة المتعاقد معها يكون من شأنها زياده المتعاقد معها . فهل تعريض المتعاقد في هذه الحالات عن الاضرار التي تناله من جراء هذه الاجراءات العامة ؟

ذهب المقوض لانونيرى الى أنكار تطبيق النظرية بشأنها مادام المتعاقد غير مقصود بذاته بهذه الاجراءات التي تشمل جميع المواطنين ويرى هذا الفقيه ان الاجراء العام غير الموجه الى المتعاقد مباشره لا يعوض عنه الا في حالتين :

الحالة الاولى : أن يتصل العقد على ذلك صراحة .
الحالة الثانية : أن يكون الاجراء العام غير متوقع .

ويكون التعويض بالتطبيق لنظرية الظروف الطارئة عمل الأمير ولكن هذا الرأي غير سليم ولا يؤيده قضاء مجلس

نظرية عمل الأمير تفترض ان يصدر العمل من الإدارة كسلطة عامة وليس كمتعاقدة في السوق .

ويقول الفقيه دي لويادير أن هورير من شأنه تطبيق النظرية بقصرها على الإضرار المترتبة على أعمال السلطة العامة دون التصرفات العادية .

ويرجع أسناذنا الدكتور سليمان الطماوى رأى دي لويادير ذلك أن التمييز بين أعمال السلطة والتصرفات العادية كأن الأساس الذي يقوم عليه القانون الإدارى حتى مطلع هذا القرن قد حجب من مجال القانون الإدارى لفساد الإعتبارات التي كان يقوم عليها ذلك المعيار = معيار السلطة العامة وبالتالي يجدر بنا حجرة في مجال العقود الإدارية أيضاً . ولا شك أن فكرة الضرر غير المباشر كافية لتبرير الحلول التي قال بها المجلس في هذا الخصوص (٢٦) وإذا كان المجلس قد رفض تطبيق النظرية في هذه الحالات فإنه يطبق عليها نظرية الظروف الطارئة متى أستوفت شروطها

أساس نظرية عمل الأمير في هذا المجال .

ففي حكم المجلس الدولة الفرنسي في قضية سكك حديد الغرب وتلخص ظروف هذه القضية في أنه صدر في فرنسا مرسوم بقانون في ١٦ يوليو سنة ١٩٣٥ يقضى بخفض نفقات الدولة في جميع الميادين بنسبة ١٠ ٪ وقد أدى تطبيق هذا المرسوم بقانون على شركة حديد الغرب الى تعديل الاتفاق الذي تم بينها وبين الدولة في ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٩ والذي استردت الدولة بمقتضاه مرفق السكك الحديدية الذي كانت تتولاه الشركة مقابل مبالغ سنوية محددة تؤديها الدولة الى تلك الشركة فلما تظلمت الشركة من خفض الاقساط بنسبة ١٠ ٪ وفقا للمرسوم بقانون المشار اليه قضى المجلس وفقا لتقرير المفوض جويس بتعويض الشركة تعويضات كاملة على أساس نظرية عمل الأمير .

وقد قال المفوض جويس في هذا الخصوص أن كون الاقساط

التي التزمت الدولة بأدائها إلى الشركة المدعية قد حددت بمقتضى العقد لا يحول دون تطبيق المرسوم بقانون الصادر في ١٦ يوليو سنة ١٩٣٥ والذي يقضى بخفض جميع نفقات الدولة بنسبة ١٠ ٪ ولكن يجب أن يبحث الامر في نطاق المبادئ التي تحكم تدخل الدولة كسلطة تشريعية في مجال عقودها مع الأفراد وهنا لا يمكن إنكار حق الأفراد في التعويض مادام التشريع لم يتضمن حكما بعكس ذلك (٣٧) .

المبحث الثاني

الاجراءات العامة التي تعدل من ظروف التنفيذ الخارجية

الغرض من هذه الحالة أن الاجراء أيا كان مصدره يقتضى أثره على التأثير في ظروف التنفيذ الخارجية بما يجعل التنفيذ أكثر شقة على المتعاقد وفي هذه الحالة فإن مشكلة تطبيق نظرية عمل الأمير تصبح دقيقة للغاية . ويلاحظ الفقهاء أن الأصل في قضاء مجلس الدولة الفرنسي الا يعرض المتعاقد عن الأضرار التي

يحملها الا في حدود ضيقة بحيث يمكن القول أن القاعدة هي رفض التعويض ، والإستثناء الحكم به وكل ذلك على أساس نظرية عمل الأمير بطبيعة الحال لان رفض التعويض على أساس عمل الأمير لا يعني أنه لا يمكن المطالبة على أساس آخر .

ومن ثم فاننا نتعرض للحالات التي رفض فيها القضاء التعويض على أساس النظرية ثم للحالات التي أقر فيها بالتعويض استثناء .

١- حالات التي رفض فيها التعويض :-

هناك ضبيفة تقليدية يستعملها مجلس الدولة الفرنسي ويذكرها باستمرار في أحكامه التي من هذا النوع " وحيث أن نصوص القانون أو اللائحة ذات طابع عام وأن الضرر الذي نال المتعاقد من جرائها إنما تحمله في ذلك الظروف الخاصة ومن ثم فإنه لا يستحق عنها تعويضاً إلا إذا أدت الى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب . . . "

وقد اختلف الفقهاء في تحديد مدلول هذه العبارة (٢٨) فذهب رأى الى القول باستبعاد نظرية عمل الأمير في هذه الحالة لأن المجلس يجرى على رفض التعويض في هذه الحالات ليس لأن التوازن المالي للعقد قد أختل ولكن لأنه لم يحدث ضرر خاص لهذا المتعاقد أما إذا أثبت المتعاقد أن ضرراً قد لحق به فإن المتعاقد في استطاعته الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة متى أستوفت شروطها .

بينما ذهب جانب آخر من الفقهاء في تفسير مدلول هذه العبارة المشار إليها سابقاً الى تفسير ينتهي الى إقرار تطبيق نظرية عمل الأمير في تلك الصورة ولكن بشروط أشد . فهم يرون أن عمومية الإجراءات الصادرة من السلطات العامة والتي لا تحس شروط العقد مباشرة لا يمكن أن يؤدي الى تطبيق نظرية عمل الأمير إلا إذا أدت الى قلب إقتصاديات العقد رأساً على عقب في حين أنه يكفي في الظروف العادية لتطبيق نظرية

عمل الأمير أن ينال المتعاقد ضرراً أياً كانت درجته .

والخلاف بين الرأيين لا يقف عند مجرد الاعتبارات النظرية ولكن له أثر عملي هام لأن الاختلاف في أساس المسؤولية يؤدي إلى خلاف في مقدار التعويض .

وأياماً كان الأمر فإنه يمكن القول أن مجلس الدولة الفرنسي قد رفض التعويض تأسيساً على نظرية عمل الأمير في الحالات الآتية :

١ - في مجال الإجراءات الضريبية مثال ذلك : فرض ضرائب جديدة ذات طابع عام وزيادتها أو تشاء أو زيادة الرسوم على الإنتاج فالمقصود هنا تلك الضرائب والرسوم التي تفرض على مادة أو أكثر من المواد التي تدخل في تنفيذ سلعة معينة تعتبر موضوع عقد من العقود وينتج عنها ارتفاع حقيقي في سعرها

ويتحمل المتعاقد نتائج تلك الإجراءات العامة كغيره من المواطنين دون أن يكون له مركز ممتاز عنهم وبالتالي ليس له أن

يستند الى تلك الإجراءات لكي يطالب الإدارة بالتعويض .

٢ - في مجال الإجراءات الاجتماعية : (٢٩)

مثال ذلك التشريعات التي تستهدف تحسين أحوال العمل والعمال والتي يكون من شأنها زيادة أعباء التنفيذ مثل التشريعات الخاصة بزيادة الأجور أو بفلاء المعيشة أو التأمين ضد أصابة العمل .

وقد أدت آثار هذه الإجراءات الاجتماعية الى قضاء غزير في هذا الموضوع فتلك الإجراءات لم تكن تصيب فقط هؤلاء المتعاقدين مع الإدارة بل هي ذات نطاق عام تروى على المجموع فكل من كان يتعامل مع اليد العاملة وهو نفسه مضاراً بسبب تلك الإجراءات العامة .

وأعتقاداً على هذا الاعتبار فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي طلبات تعويض الأعباء التي فرضها قانون ٩ أبريل ١٨٩٨ والمتعلقة بحوادث العمل تأسيساً على الحقيقة العامة لهذا التشريع

وفي مصر نذكر من فتاوى الجمعية العمومية للقمم الاستشارى بمجلس الدولة تتعلق الاولى بطلب شركتين تعديل حقوقهم المالية بمناسبة تنفيذ أحكام قانون العمل الموحد رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ وما تلاه من تعديل أجور العمال وإشتراطات عقد العمل وإنتهى رأى الجمعية العمومية للقمم الاستشارى الى أن الشركتين المتعاقدتين لا تستحقان قبل الحكومة تعويضاً عن التكاليف الإضافية المترتبة على تطبيق قانون العمل الموحد رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ أما الفتوى الثانية فتتعلق بخصوص تطبيق قانون التأمينات الإجتماعية رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ حيث أدى الى زياده أعباء لبعض شركات المقاولات . وأنتهى رأى الجمعية العمومية الى رفض تطبيق نظرية عمل الأمير فى هذا الفرض لتعلق التشريع بكافة أرباب الأعمال وليس بهذه الشركات وحدها .

٣ - فى مجال التنظيمات الاقتصادية والقندية : (٣٠)

مثال ذلك التشريعات التى تصدر بتنظيم الاستيراد والتصدير وتلك التى تسمح بزيادة أجور النقل فى السكك الحديدية أو غيرها والتشريعات التى تصدر فى شئون النقد .

والدولة وهى تنظم الاقتصاد القومى تؤثر بطبيعة الحال بتلك الإجراءات التى تتخذها فى هذا الشأن المجال على الأحوال الاقتصادية فى البلاد بأحداث تغيير فى الأسعار أو صعوبات فى النقل فهذه إجراءات عامة صادرة من سلطة الدولة فان أول أدت الى زيادة أعباء المتعاقد فان مجلس الدولة يرفض الحكم بالتعويض .

وقد سارت محكمة القضاء الإدارى المصرى فى ذات الاتجاه فى حكم لها بتاريخ ١٩٦٩/١/٥ جاء فى حيثياته أنه يشترط لتعويض المدعين أعمالاً لنظرية عمل الأمير . . . لا أن ذلك لا ينطبق على حاله المدعين إذ أن رفع سعر الأرز الذى يدخل ضمن الموارده لم يكن بقرار من جهة الادارة المتعاقد ومن ثم لا ينطبق نظرية

الامير المذكورة . . . (٣١)

ثانياً : الحالات الاستثنائية التى قبل فيها التعويض :-
هناك حالتين لا تثيران صعوبة وهما :

١ - حالة النص على التعويض فى القانون
٢ - حالة النص على التعويض فى العقد .

ولكن مجلس الدولة الفرنسى لم يقف عند هاتين الحالتين بان منح التعويض فى حالات استثنائية أخرى على أساس نظرية عمل الأمير .

ويشور التساؤل الألى على أى أساس يعرض مجلس الدولة الفرنسى عن الإجراءات العامة التى تؤثر فى شروط العقد مباشرة .

هناك بعض المعايير والتوجيهات أقدمها الفقهاء ويمكن إستخلاصها أيضاً من أحكام مجلس الدولة الفرنسى وهى :

(أولاً : فكرة الضرر الخاص :-
إن مجلس الدولة الفرنسى

ايضا محكمة القضاء الادارى
المصرى فى حكمها فى يناير
١٩٦٣/١/١٦ جاء حيثياته "
القاعده رقم عموميه الاجراء
فانه المتعاقد مع الادارة لا
يستحق تعويض كاملا الا اذا
كان الاجراء يس شرطاً جوهرياً
ايا كان هو الدافع لايبرام
العقد . . . " (٣٧)

الباب الثالث

آثار تطبيق النظرية

يترتب على تطبيق نظرية
عمل الأمير أثر هام هو تعويض
مع الإدارة تعويضاً كاملاً ولكن
قد يتولد عن عمل الأمير نتائج
أخرى فرعية منها :-

١ - تحرر المتعاقد من
الالتزام بالتنفيذ اذا ترتب على
نظرية عمل الأمير استحالة
التنفيذ فيمكن اعتباره كما لو
كان قوة قاهرة مثل صدور
تشريع يحرم استيراد سلعة
كانت محلاً للتعاقد بين الإدارة
والمتعاقد معها .

٢ - قد يؤدي عمل الأمير
الى جعل التنفيذ عسيراً بحيث
يبرر ذلك التأخر فى التنفيذ ومن

سائر المضروبين من تلك
التشريعات بينما يرى الفقيه
هوريو ان المفهوم السارى للضرر
الخاص هو مفهوم واسع وبالتالي
لا يصلح كمعيار إلا إذا حدد
تماماً وبالتالي يعتبر الضرر
محدد إذا مس الاجراء الأسس
ذاتها للعقد ومن هذه الواقعة
يكون المتعاقد قد أصابه ضرر
خاص .

ثانياً : أن يس الاجراء
موضوعاً جوهرياً كان له دور
حاسم فى دفع الفرد إلى التعاقد
مع الإدارة .

إذا مس الاجراء العام
موضوع جوهري فى العقد بهم
المتعاقد فإنه مجلس الدولة
الفرنسى يحكم بالتعويض كذلك
إذا شكل الاجراء العام مصلحته
حقيقية للمتعاقد بأن يكون
محولاً عليه فى تنفيذ التزامه
بل وقد يكون الدافع له على
التعاقد فإذا ما قصرت الإدارة
فى تنفيذ هذا الاجراء فإن
مجلس الدولة الفرنسى يعترف
بحقه فى التعويض تأسيساً على
أن هذا الاجراء عنصر جوهري
فى العقد وأشارت الى ذلك

لا يحكم بالتعويض عن الأضرار
الترتبة على الإجراءات العامة
إلا إذا أثبت التعاقد إن ضرراً
خاصاً لحق به وإن هذا الضرر
لا يشاركه فيه سائرون من يهم
الاجراء العام وقد دافع عن هذه
الفكرة ثروت بدوى وجعلها
الشرط الوحيد للتعويض فى
هذه الحالات حيث يقول لقد سبق
أن نادت محكمة القضاء
الإدارى المصرية بهذا المعيار
فى حكمها الصادر بتاريخ
١٩٥٥/١/٣ حيث تقول "
يشترط لقيام الحق فى التعويض
تأسيساً على نظرية عمل
الأمير أن تصدر الحكومة تشريع
عام جيد يس مركز المتعاقد
مغنياً بضرر خاص . والضرر
الخاص يتحقق إذا أصاب
التشريع الجديد المتعاقد وحده
دون مجموع الشعب أو إذا
أصابه من الجسامة بحيث
يتجاوز بكثير ما أصاب مجموع
الشعب .

وذهب الفقيه هوريو فى
بعض تعليقاته الى أن الضرر
الخاص مستلزم نظراً للرابطة
المتعاقدين فيه بين المتعاقد
والسلطات العامة والى تقيده عن

ولكن ذلك أيضا متوقف على وجود رابطة سببية بين الأجراءات التي اتخذتها الإدارة والأضرار التي أصابت المتعاقد .

٢ - ما فات من كسب :

ويشتمل هذا العنصر على المبالغ التي كان المتعاقد يعمل عليها باعتبارها ربحا مشروعاً له . مثل أختلال التوازن المالي للعقد . فالتعويض إذن يجب أن يغطي الكسب الذي كان ينتظره المتعاقد عادة من التنفيذ الكامل للعقد مع مراعاة ألا يتجاوز التعويض حجم الضرر الحقيقي وهذا ما تقتضيه العدالة والقانون (٣٥) .

وبذلك يتميز التعويض على أساس نظرية عمل الأمير عنه عن نظرية الظروف الطارئ في أن الأولى تمنح تعويض كامل أما الثانية لا تمنح سوى تعويض جزئي (٣٦) وقد أبرزت محكمة القضاء الإداري هذا المبدأ في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠ حيث ذكرت :

أن القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد

أو المصرى مبدأ التعويض الكامل صراحة في أحكامه . ففي حكم بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢٥ لمحكمة القضاء الإداري جاء في حيثياته " وتأسيسا على نظرية التوازن المالي للعقد يكون للمتعاقد تعويض كامل عن جميع الأضرار التي لحقت به " (٣٤) . والتعويض يشتمل على عنصرين أساسيين هما :

١ - ما لحق المتعاقد من خسارة :

يشتمل هذا العنصر على كافة النفقات التي يكون المتعاقد قد أربط بها فعلا وهذه النفقات تختلف تبعا لطبيعة التعديل فيما إذا كان بالتعديل بالزيادة أو النقص . ويجب أن يأخذ التعويض في اعتباره طبيعة الضرر المتسبب والنسبة المئوية من النفقات التي لم تعرض . وأن يحصل المتعاقد على المصاريف التي أنفقها والتي تكيدها عند التصفية النهائية للعقد :

فالتعويض يقدّر وزنا لكافة الخسائر التي لحقت المتعاقد

ثم يعتبر ذلك عذرا للمتعاقد يعفيه من توقيع الغرامات المالية عليه .

٣ - إذا ترتب على عمل الأمير زيادة في أعباء المتعاقد تزيد على إمكانياته المالية أو الفنية فله أن يطالب بفسخ العقد . ويستطيع المتعاقد أن يجمع بين بعض النتائج السابقة إذا تعدد الأسباب كالحصول على تعويض وفسخ العقد .

وسنقوم في هذا الباب بدراسة النتيجة الرئيسية المترتبة على عمل الأمير وذلك في فصلين حيث نبين فيهما تحديد التعويض وعناصره ثم نبين الاستثناءات التي ترد على التعويض الكامل .

الفصل الأول

تحديد التعويض وعناصره

يجب على الإدارة أن تعرض المتعاقد تعويضاً كاملاً إذا ما ثبت أن العمل الضار من قبيل عمل الأمير حيث تتيح تلك النظرية هذا الحق للمتعاقد (٣٣) . وكثيرا ما يذكر قضاء مجلس الدولة الفرنسي

هذا الشرط فيعرض نفسه لمخاطر لأحد لها ولكن إذا حدث ذلك عملاً فيجب أن نميز بين حالتين :-

الحالة الأولى : حالة الأعفاء المطلق من المسؤولية :

ذهب فريق من الشراح على عدم مشروعية مثل الشرط . وسار قضاء محكمة القضاء الإداري في ذات الاتجاه وذلك في حكمها بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠ - والذي سبق ذكره في بحثنا - حيث ذكرت أنه من المقرر في العقود الإدارية أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع نصاً عاماً بعدم مسؤوليتها ، يعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في أن الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقاً للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية ومنها حقه في التوازن المالي للعقد .^(٢٨) بينما يذهب رأي آخر إلى القول بأن مبدأ التعويض الكلي لا يتعلق بالنظام العام للطرفين في العقد أن يتفقا على عكس ذلك إذا

يستثنى مجلس الدولة الفرنسي من قاعدة التعويض الكامل حالة فسخ العقد من جانب الإدارة بسبب ظروف الحرب أو بسبب وقف القتال فهنا يكتفى المجلس بتصويب الأضرار الفعلية المترتبة على فسخ العقود دون اعتبار للأرباح التي كان من شأنها أن يحققها المتعاقد لو لم يتم الفسخ .

ويبدو أن مجلس الدولة هنا يتأثر بالظروف التي تحيط بواقعة الفسخ .

ثانياً : إذا ساهم المتعاقد بخطئه في أحداث الأضرار المترتبة على عمل الأمير أو ساعد على زيادة تلك الأضرار فحينئذ يستتدل المجلس من التعويض المقدار المناسب لخطأ المتعاقد وهذه الحالة تطبق للقواعد العامة .

ويشور التساؤل الآتي :-

هل يمكن للإدارة أن تتضمن العقد شروطاً يتضمن عدم مسؤوليتها قبل التعاقد ؟

لا يتصور من الناحية العملية أن يقبل متعاقد مثل

أنه إذا لم يكن متفق عليه في العقد فإن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره بل يقدره قاضي العقد . . . وأن المحكمة إنما تقرر التعويض طبقاً للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذا الشأن وهو يشمل عنصرين : الأول ما لحق المتعاقد من خسارة . . .

الثاني : ما فات المتعاقد من كسب . . .^(٢٩)

مكلاً نجد أن التعويض عن عمل الأمير قد أقره القضاء المصري وأن هذا التعويض يقدره القضاء طبقاً لقواعد القانون الإداري :

الفصل الثاني

استثناءات من التعويض الكامل :

من الملاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي يخرج أحياناً على مبدأ التعويض الشامل في بعض الصور لأسباب مختلفة ونذكر حالتين يشار إليهما دائماً هما :-

أولاً : حالة فسخ العقد بسبب العمليات الحربية :

مقابل هذه ذلك يكون للمتعاقد الحق في التعويض وهذا التعويض ليس مبنياً على خطأ الإدارة ولكن لتعويض المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار التي أصابته من جراء تدخل الإدارة في تعديل عقودها الإدارية .

وبينا أننا نأخذ نظرية التوازن المالي للعقد الإداري لتبرير التعويض الذي يحكم للمتعاقد مع الإدارة قبل الإدارة المتعاقدة .

فهى الأساس العام لتبحثنا فى نظرية عمل الأمير باعتبارها تطبيق لأحدى حالات التعويض التى جرى القضاء الإدارى على التسليم بها .

أننا قد أوضحنا أنه يجب توافر شروط معينة حتى يمكن تطبيق النظرية لامكان تعويض المتعاقد مع الإدارة على ضوء عناصر التعويض التى تعرضنا لها فى البحث وبينا أنه لا يجوز تضمين العقد بشرط الأعفاء المطلق من التعويض ولكن يجوز أن ينصب الأعفاء على إجراء معين ومن ناحية أخرى فقد زوئنا نطاق تطبيق النظرية .

بالمطالبة بالتعويض رغم النص على أستيعاده ولكن بشروط معينة .

بناء على ذلك نرى ان هذا الشرط يعتبر باطل لأننا لسنا فى مجال عقاب المتعاقد فضلاً عن ذلك يتنافى مع قواعد العدالة التى تأبى أن يتجسد المتعاقد وهو الشخص الذى لا حول ولا قوة له - من سلاحه الوحيد الذى يستطيع به أن يواجه الإدارة التى تقلك كثير من الإمكانات الضخمة .

الحالة الثانية : شرط الأعفاء الذى ينصب على إجراء معين : هذا الشرط مشروع ومقتضاه إن المتعاقد أن يتوقعان إجراء معين من الإجراءات التى تتخذها الإدارة المتعاقدة أو الإدارة أخرى مثل فرض ضريبة معينة أو زيادة سعرها . . وهكذا ونص على أن يتحمل المتعاقد ما يترتب عليها من آثار . فيعد هذا النص مشروع **خلاصة :**

بذلك تكون قد أنتهينا من بحثنا فى نظرية عمل الأمير حيث أوضحنا ان للإدارة سلطة تعديل عقودها الإدارية وفى

كان فيه ما يحقق مصالحهما فيجوز النص على أستيعاد التعويض . كما يجوز النص على قصره على جزء من الضرر . فإذا نص العقد على عدم التعويض جاز للمتعاقد مع الإدارة أن يطالب بتعويض إذا ثبت أن الأعباء الجديدة التى ألقيت على عاتقه لم تدخل فى تقديرات الطرفين وأنها استتبت أخلالا خطيرا للتوازن المالى للعقد (٣٩) .

هذا رأى يخالف ما اتفق عليه الفقه الإدارى وما أستقر عليه القضاء الإدارى فى مصر لأن هذا الرأى فى شقة الأول الخاص باستبعاد التعويض غير مشروع ولا يمكن الموافقة عليه فضلاً عن عدم قبول المتعاقد مهما كانت حسن نيته بالموافقة على تجريدته من سلاح يستطيع أن يشهره فى وجه الإدارة أن جاوزت شروط العقد . أما الشق الثانى من الرأى باستبعاد التعويض عن جزء من الضرر . فهذا الشق يمكن الموافقة عليه (٤٠) . ويبدو أن صاحب هذا الرأى قد شعر بخطورة رأيه فعاد الى القول بهذا الشق الثالث من الرأى الخاص

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

١. الأستاذ الدكتور توفيق شحاته - مبادئ القانون الإداري - ص ٨١٥ .

٢. الأستاذ الدكتور فؤاد مهنا - مبادئ وأحكام القانون الإداري - ص ٧٩٥ .

٣. الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي - مبادئ القانون الإداري ص

٤. هذه العبارة عرضها المفوض بلوم في النزاع الشهير المعروف باسم قضية الشركة الفرنسية للترام في ١٩١٠/٣/١١ .

٥. الأستاذ / رياض عبد عيسى - سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة ص ٢٦٢ وما بعدها .

٦. حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣١ ص ١١ ق رقم الحكم ٩٨٣

٧. الأستاذ / الدكتور سليمان الطماوي - الأسس العامة للمعقود الإدارية ص ٦٠٦ وما بعدها .

٨. الأستاذ الدكتور توفيق شحاته - المرجع السابق ص ٨١٨ .

٩. الأستاذ الدكتور فؤاد المطار - القانون الإداري - ص ٦٠٠ .

١٠. الأستاذ الدكتور علي الفحام - سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ص ٣٨٥ وما بعدها .

١١. الأستاذ الدكتور توفيق شحاته - ص ٨١٧ وما بعدها - المرجع السابق .

١٢. الدكتور علي الفحام - المرجع السابق - ص ٣٢٨ .

١٣. الأستاذ / الدكتور سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٦٢٣ .

١٤. الأستاذ / الدكتور توفيق شحاته - مبادئ القانون الإداري ص ٨٣٥ .

١٥. الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي - المرجع السابق ص ٦٢١ .

١٦. الأستاذ محمود عاطف البنا - مبادئ القانون الإداري - ص ١٦٥ وما بعده .

١٧. الأستاذ / الدكتور توفيق شحاته - مبادئ القانون الإداري .

١٨. حكم ٣ مارس ١٩٥٧ السنة ١١ ص ٢٣٩

حكم ٢٠ / مايو / ١٩٦١ السنة ١١٣٣ .

١٩. الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٦٢٣ ، ٦٢٤ .

٢٠. الأستاذ الدكتور توفيق شحاته - المرجع السابق - ص ٨٣٣ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

٢٠ / مايو / ١٩٩١ من ٦ ص ١١٣٣ .

٢٢. الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٥٥٥ ، ٥٥٦ .

٢٣. الأستاذ الدكتور فؤاد المطار - القانون الإداري - ص ٦٠٠ .

٢٤. الأستاذ الدكتور ثروت بدوي ص ١٦٢ وما بعدها .

٢٥. الدكتور على الفحام - المرجع السابق - ص ٣٥٢ .

٢٦. الدكتور سليمان الطماوي - المرجع السابق ص ٦٢٥ ، ٦٢٦ .

٢٧. أنظر هذا الرأي في المرجع السابق للأستاذ الدكتور سليمان الطماوي ص ٦٢٩ .

٦٣٠ .

٢٨. أنظر الخلاف

الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي المرجع السابق ص ٦٣١ ، ٦٣٢ .

٢٩. الأستاذ الدكتور على الفحام - المرجع السابق ص ٣٦١ وما بعدها .

٣٠. الأستاذ الدكتور ثروت بدوي - المرجع السابق ص ٢٠٧ وما بعدها .

٣١. حكم محكمة القضاء الإداري في ١٩٦٣/١/٥ رقم ٦٨٦ من ٢١ ص ٤٧٧ .

٣٢. حكم بتاريخ ١٩٦٣/٦/١٦ من ٩ ق رقم ١٠٥ .

٣٣. الأستاذ المعيد سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٦٤٦ .

٣٤. حكم بتاريخ ١٩٥٧/٦/٢٥ لمحكمة القضاء الإداري رقم ٩٨٣ من ٨ ص ٧٢

٣٥. الدكتور على الفحام - المرجع السابق - ص ٣٩٣ .

٣٦. الأستاذ المعيد سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٦٤٧ - الدكتور توفيق

شحاته مرجع سابق - ص ٨٢٤ .

٣٧. حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠ رقم ٩٨٣ من ١١ .

٣٨. حكم القضاء الإداري في ١٩٥٧/٦/٣٠ (المشار إليه سابقاً) ص ١١ .

٣٩. الدكتور توفيق شحاته - المرجع السابق - ص ٨٢٣ ، ٨٢٤ .

٤٠. - على الفحام - المرجع السابق - ص ٤٠١ ، ٤٠٢ .

حسب المدين الماطل

للسيد المستشار
عثمان حسين عبد الله

كثيراً ما يماطل المدين فى سداد دينه الثابت بحكم القضاء رغم قدرته ويساره ، ويضطر الدائن إزاء ذلك إلى اللجوء إلى إجراءات التنفيذ المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، من حجز المدنية منقولات يملكها المدين ، أو حجز ما لهذا المدين لدى الغير ، أو حجز عقارى ، وهى جميعاً إجراءات غير ميسرة ، ويقتضى إتخاذها جهداً ووقتاً ومالاً ، يبذلها صاحب المصلحة ، وإستعانة بأهل الخبرة من محامين وغيرهم ، وإنفاق وقت وجهد من جانب الأجهزة القضائية المختصة ، ومن جانب المحضرين وغيرهم فى الأجهزة المعاونة ، كما أن إجراءات التنفيذ تعنى فى كثير من الأحيان خصومة جديدة هى (خصومة التنفيذ) بصعوباتها ومتاعبها ، وإشكالاتها ومصرفاتها وهى خصومة غير مأمونة

العاقبة إذ كان الحق واضح المعالم ثابتاً ، فإن المدين الماطل يزد غناداً ولدوا فى الخصومة بعد الحكم عليه ، وما أسرع إلى تهريب أمواله أو التلاعب فى إعانات التنفيذ وإجراءاته ، أو رفع الدعاوى المستعجلة بالإستشكال فى التنفيذ أو التحريض على رفع دعاوى إسترداد الحجزات ، أو للإعتراض على قائمة شروط البيع ، أو غير ذلك من المتاعب التى لا تنتهى . ذلك لأنه إذا كانت صعوبات التقاضى قد إنتهت بصور الحكم النهائي القابل للتنفيذ ، فى نطاق أحكام الكتاب الأول من قانون المرافعات ، فقد أن أن تبدأ سلسلة أخرى من الصعوبات والمتاعب ، والمصرفات ، فى ظل أحكام الكتاب الثانى من قانون المرافعات ذاته ، وهو كتاب التنفيذ .

- وهكذا فإن حياتنا القضائية قد علمتنا أن مشكلة الماطلة فى الأداء ، من جانب المدين المورس ، وصعوبة تنفيذ الأحكام القضائية المدنية والتجارية النهائية ، مشكلة ملموسة تتفقد وتتفاقم سنة بعد أخرى ، وتشكل المحاكم وأجهزة التنفيذ القضائى ، دون أن نجد لها حلاً حاسماً ، بل إن أحكام قانون المرافعات تقف بماجزة إزاءها ، ويقف القضاء وأعوانه منها موقفاً سلبياً ، تطبيقاً لهذه الأحكام بل وقد تشجع للمدين الماطل غير المعسر فرصة التهرب والتلاعب والتهريب ، والنفاذ من ثغرات يخلقها المدين بنفسه وتعينه عليها صيغة الحياذ السلبى التى تصطبغ بها النصوص التشريعية التقليدية ، وقد تعينه عليها كذلك إنحرافات من جانب بعض الأجهزة الإدارية أو المعاونة .

- وإذا كانت العدالة لا تتحقق بصور الحكم ، وإنما تتحقق بنفادها ، ولا ينفع تكلم بحق لإنفاذ له ، فإنه ينبغي مشروع المرافعات إن يعيد النظر - على نحو جذرى وشامل - فى المبادئ والأحكام التى يقوم عليها نصوص كتاب التنفيذ ، ولو خرج التعديل عن المألوف من الأفكار والنظريات التى تشتمل عليها كتب المرافعات عامة أو مباحث التنفيذ خاصة .

- ومن الإقتراحات التى يمكن تناولها بالبحث أنه ليس يكسر من عناد المدين الماطل المؤسر ، ويحد من غلوائه البغيض ، ويحطم كبريائه الكاذب ، ويلزمه إحترام السند التنفيذى ، مثل تهديده بالحبس ، حتى يضطر إلى الوفاء ، أو يتقدم ذو شأن من أهله أو من غيرهم لىفى نيابة عنه .

- سيبادر بعض القراء الذين يجتزمون بقراءة السطور الأولى ، فيقولون لقد كان الإكراه البدنى بالضغط على نفس المدين أو حريته سائفاً فى العصور القديمة ، وما هو بألوف

الآن إذ يلتزم المدين فى ماله لا فى شخصيته وذمته المالية هى التى تضمن الوفاء بالتزاماته ، ويبرر بعض شراح المرافعات تحريم التنفيذ بالإكراه البدنى بأنه يهدر كرامة المدين (مثلاً الأستاذ الدكتور رمزى سيف - التنفيذ رقم ٥) . وأن فيه تعطيلاً للقوى البشرية بدون فائدة وخير للدائن أن يترك مدينه يعمل ليحصل على مال يفى منه .

إلا أن شراحاً آخر يردون على ذلك بأن الشخص الذى لا يفى بما تمهد به يكون فى الواقع قد أهدر كرامته بنفسه ، فلا محل لرعايته واحترامه ، والمدين الذى يمتنع عن الوفاء وهو قادر عليه ، أو الذى يقوم بتهريب أمواله ، يستحق العقاب فى كثير من الصور (الأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا - التنفيذ الطبعة الثامنة ص ١٥٠٢٤) . وأما القول بأن الأفضل ترك المدين حراً يعمل ليحصل على مال يفى منه بدينه فذلك قول ينقلنا إلى مجال آخر هو مجال المدين الذى ليس له مال يكفى للوفاء ، وهذا لا

نقول بحسبه ، وإنما نتجه إلى حبس المدين القادر على الوفاء ، والذى يمتنع عن أداء دينه رغم يساره .

- على أن حبس المدين القادر مقرر فى كثير من الأحوال فى التشريع المصرى ، وفى بعض التشريعات الحديثة والمعاصرة ، كما إنه حكم من أحكام الشريعة الإسلامية .

- فى مصر : تقضى المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بأنه متى ثبت للمحكمة الجزئية أن المحكوم عليه بالنفقة أو بأجره الحضانة أو المسكن ، قادر على القيام بما حكم به وأمرته بأدائه ولم يتمثل ، فإنها تحكم بحسبه لمدة لا تزيد على ثلاثين يوماً . وإذا أدى ما حكم به أو أحضر كفيلاً فإنه يخلى سبيله . ولا يمنع الحبس من تنفيذ الحكم بالطر الاعتبارية . وهذه المادة إستبقاها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية

- والمادة ٥١١ من قانون الإجراءات الجنائية تجيز الحبس لتحصيل الغرامات والمصاريف

٤، ص ٣٥٥، ٣٥٨ رقم ٤٧).

وفى لبنان : من بين حالات حبس المدين فى القانون اللبناني حالة الحكم بالتعويض على رافع دعوى خاصة إذا حكم بعدم قبولها أو برفضها ومادة ٩٥ من قانون تنظيم القضاء (الأستاذ الدكتور أبو الوفا) المرجع السابق الإشارة إليه)

. ومن هذه الأمثلة نرى أن الحبس فى الدين ليس غريباً على التشريعات الحديثة والمعاصرة ، الغربية والعربية ، وأن المشرع عند ضبطه لقواعد التنفيذ ، يجب أن يراعى تمكين الدائن من إقتضاء حقه الثابت بالسند التنفيذى والا أصبح هذا السند قصاصة لا حياة فيها ، وأن لا تكون إجراءات التنفيذ مغالى فيها ، أو باهظة التكاليف أو مقصرة يطول أمدها مما ينجم عنه إضطراب أمن المعاملات وتهدد الثقة فى الإلتئام ، وكما ألزمت الدائن بإثبات حقه أمام القضاء ، فإن علينا أن نساعد فى الحصول على هذا الحق الثابت بسرعة وسهولة ، وينبغى إلا نصوره

. وتشريعات بعض الدول العربية تأخذ بنظام حبس المدين . ومن ذلك قانون المرافعات الكويتى (المرسوم بقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠) فى المواد ٤٩٢ وما بعدها . ويستند حكم هذه المواد إلى أن حبس المدين وسيلة مديدة ضد المديسين المماثل ، وإن التجربة قد دلت دائماً على أن كثيراً من المدينين يقومون بالوفاء خوفاً من حبسهم . (الأستاذ الدكتور فتحي زالى) التنفيذ الجبرى ، ١٩٨١ ، ص ٧ وبعدها . - والتنفيذ الجبرى فى القانون الكويتى للمؤلف ذاته ١٩٧٨ بند ٢٩٨ ، ص ٣٤٦ وبعدها .

. ومن ذلك أيضاً أن نظام حبس المدين المماثل مأخوذ به فى العراق ، وفى السودان (الأستاذ الدكتور وجدى راغب) النظرية العامة للتنفيذ القضائى ص ٨ . الأستاذ الدكتور محمد عبد الجواد ، المبادئ العامة للتنفيذ الجبرى فى القانون السودانى ، مجلة القانون والإقتصاد ٣٦ سنة ١٩٦٦ (٣١٧ - ٤٣٤) هـ ٣٢١ رقم

المحكوم بها لحزاة الحكومة فى المواد الجنائية (كما أن المدين المفلس يجوز حبسه بمقتضى القانون التجارى وقانون العقوبات) .

. وفى فرنسا : يلاحظ أنه وإن كان الحبس كوسيلة للإكراه على أداء الدين قد ألغى منذ مدة طويلة ، إلا أن المشرع الفرنسى قد عاد إلى هذه الوسيلة حديثاً حيث قرر التنفيذ بالإكراه البدنى عند الحكم بمصادرة الربح غير المشروع (المدفوع بالكشف فى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٤٤) . (د. أبو الوفا . المرجع السابق) .

. وفى القانون الإنجليزى : يحبس المدين إذا أمتنع عن الوفاء بالدين المحكوم به لما فى ذلك من إضرار بالمحكمة

Contempt of Court

وقد قيدت القاعدة حالياً بأن يكون الإمتناع بسوء نية . (الدكتور وجدى راغب . النظرية العامة للتنفيذ القضائى ص ٨)

في الشريعة الإسلامية :

- المدين الفقير غير الواجد لا يجوز حبسه لأن الله سبحانه يقول (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) ، ولأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لفرماء الذي كثر دينه (خذوا ما وجدتم ليس لكم الا ذلك) . الغنى لابن قدامة الجزء الرابع طبعة دار الكتاب اللبناني ، ص ٥٠٢ . وبعدها : - نبيل الاوطار للشوكانى طبعة منير الدمشقى الجزء الخامس صفحة ٣٦١ وبعدها وحديث (لى الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته) يدل على ان العسر لا يحل عرضه ولا عقوبته :-

- وأما الواجد أى المدين القادر على الوفاء فقد جاء فى نبيل الاوطار (المرجع السابق ذكره) عن عمرو بن الشريد عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم : قال (لى الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته) [رواه الخمسة الا الترمذى . قال أحمد قال وكيع :- عرضه شكايته وعقوبته حبسه . الحديث أخرجه البيهقى والحاكم وابن حبان

تعاقدى] . (مجموعة حقوق الإنسان - المجلد الأول ص ٣٩ وما بعدها . للأستاذة الدكتور محمود شريف يسبوى ، والدكتور عبد العظيم وزير ، والدكتور محمد السعيد الدقاق) . وهذا النص فى هذا العهد الدولى يمنح حبس المدين العاجز أى غير القادر على الوفاء بدينه .

وهذا المعنى أكدوه ووضحه مشروع الميثاق العربى لحقوق الانسان المنشور بالمجموعة ذاتها صفحة ٣٧٨ حيث تنص المادة ٣٤ من هذا الشروع على أنه الا يجوز سجن انسان علي أساس عدم قدرته على الوفاء بدين أو أى التزام مدنى) ، والمادة ٧ من مشروع ميثاق حقوق الانسان والشعب فى الوطن العربى بصفحة ٣٨٧ من المجموعة المذكورة (لا يجوز حبس إنسان ثبت عجزه عن الوفاء بالتزام مدنى) - أما المدين القادر الموسر غير العاجز فلم يمنع ذلك الميثاق الدولى ولا هذا المشروع من حبسه ا

* * *

دائماً بصورة الرجل الثرى الذى يتسلط على مدين مسكين . فكمن من الدائنين هم فى حاجة إلى ديونهم أكثر من مدينهم . (الأستاذ الدكتور عزمى عبد الفتاح . التنفيذ الجبرى ١٩٨٩ / ١٩٩٠ ص ١١)

- والذين يقولون إن حبس المدين لا يتفق مع الأفكار الحديثة فى مجال حقوق الإنسان وكرامته ، مردود عليهم بالإضافة إلى ما سبق - بأن الميثاق (العهد) الدولى لحقوق الإنسان المدنية والسياسية] .

[International Covenant For civil and political Rights]

الذى قرره الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة ١٩٦٦ ومبدأ نفاذه فى سنة ١٩٧٦ ووقته وصدقت عليه جمهورية مصر العربية ، ضمن ٨٧ (سبع وثمانين) دولة من دول العالم قد نص فى المادة ١١ منه على أنه :

[لا يجوز سجن أى إنسان لمجرد عجزه عن الوفاء بالتزام

وصححه وعلقه البخارى .
واستدل بعلى جواز حبس من
عليه الدين حتى يقضيه إذا كان
قادراً على القضاء ، تأديباً له
وتشديداً عليه ، إلا إذا لم يكن
قادراً وإلى جواز الحبس للواجد
ذهبت الحنفية وزيد بن على وقال
الجمهور يبيع عليه الحاكم (نيل
الانوار) . وجاء فى المغنى
لابن قدامة ^١ قال ابن المنذرة
أكثر من نحفظ عنه من علماء
الأصهار وقضاتهم يرون الخليس
فى الدين منهم مالك والشافعى
وأبو عبيد والنعمان وسوار
وعبيد الله بن الحسن وروى عن
شريح والشعبى . وكان عمر بن
عبد العزيز يقول يقسم ماله بين
الغرماء ولا يحبس وبه قال عبد
الله بن جعفر والليث بن سعد :

وهل تسمع البيعة على
الأعسار ؟ حكى عن مالك أنه
قال لا تسمع البيعة على الأعسار
لأنها شهادة على النفى فلم
تسمع كالشهادة على إنه لا دين
عليه . وقال أبو حنيفة لا تسمع
فى الجبال ويحبس شهراً وروى
ثلاثة أشهر وروى أربعة أشهر ،
حتى يغلب على ظن الحاكم أنه
لو كان له مال لأظهره (المغنى

ص ٥٠٤ ج ٤ وفى بيان الفقه
الحنفى الذى يخبر حسب الدين
الماعل ^٢ أنظر بدائع الصنائع
للکاسانى الجزء السابع صفحة
١٧٣ ويدهها والمبسوط
للسرخسى الجزء العشرين
صفحة ٨٨ ويدها ^٣ وقد ورد
أن عمر بن الخطاب أتاه رجل
فقال له يا أمير المؤمنين أجزئى
قال مم ؟ قال من دينى . فقال
عمر السجن . وشرح القاضى
حبس ابنه بسبب الكفالة عن
رجل . ^٤ وأنظر كتاب التنفيذ
بالمقارنة بالشريعة الاسلامية
للاستاذ الدكتور عبد العزيز
بديوى صفحة ٢٦ ويدهها
والمراجع المشار اليها به
وجنبا سنن أبى داود والأم
للشافعى ، والمدونة ، والطرق
الحكمية لابن القيم ^٥ .

^٦ وأنظر كذلك اصول
المرافعات الشرعية للاستاذ
أنور العرسى رئيس المحكمة
ص ٩٣٥ ويدها ^٧

- ولست بحاجة للتذكير بأن
الدستور المصرى الحالى ينص
على أن الشريعة الاسلامية هى
المصدر الاساسى للتشريع .
* * *

- هذا والمناسية إعداد
مشروعات القوانين الرئيسية
لدولة الوحدة المصرية الليبية فى
سنة ١٩٧٣ ، أنهت لجنة
مشروع قانونى المرافعات المدنية
والتجارية يؤمّن ^٨ وكان مقرها
الاستاذ الدكتور فتحي الى .
استاذ المرافعات وعميد كلية
الحقوق ونائب رئيس جامعة
القاهرة حاليا ^٩ إلى صياغة
نصوص بشأن حبس الدين
الماعل الموسر ، وهى نصوص
المواد من ٥٤٠ إلى ٥٤٧ من
المشروع المذكور ، وقد أشتملت
على الضمانات اللازمة
لكفالة الحقوق لأصحابها
وتوازن المصالح بين الدائنين
والمدينين ، وتفاوى معوقات
التنفيذ ما أمكن ، وتخفيف
العبء عن الأجهزة القضائية
والمقاضية المعاونة ، وخاصة
محضرى التنفيذ . . .

* * *

- ونستطيع أن نوجز التعديل
الذى تقترح إدخاله على قانون
المرافعات - بهذا الشأن - فى
الأسس الآتية :-

- ١ - للدائن الذى بيده سند تنفيذى (حكم نهائى أو امر أداء نهائى) أن يطلب حبس المدين لاجباره على الوفاء بالتزامه .
- ٢ - أخذاً بسنة التدرج يجوز أن يبدأ التشريع بتحديد أنواع من الديون يجوز طلب الحبس من أجل استيفائها .
- ٣ - تبدأ الاجراءات بانذار بالحبس يوجهه الدائن إلى المدين عند إعلانه بالسند التنفيذى .
- ٤ - يقدم طلب الحبس كتابة الى قاضى التنفيذ بالمحكمة المختصة . ويستدعى هذا القاضى الطرفين فان امتنع
- ٥ - يثبت الدائن قدرة المدين على الوفاء وأن له أموالاً يجوز الحجز عليها .
- ٦ - للقاضى ان يمنع المدين اجلاً . وفى حالة عدم الوفاء يحكم القاضى بحبس المدين القادر المماطل مدة يحددها الحكم على الاتجاوز أمداً مقيداً (ثلاثة أشهر مثلاً)
- ٧ - يجوز بناء على طلب الدائن وسماع أقوال المدين تحديد الحبس الى مدة أخرى .
- ٨ - اذا كان المدين شخصاً اعتبارياً يحبس القاضى النائب عنه قانوناً أو المسئول عن
- التنفيذ فيه .
- ٩ - تنفذ النيابة العامة حكم الحبس فوراً ، وترجع الدولة على المحبوس بنفقات إعاشته ،
- ١٠ - ينهى قاضى التنفيذ الحبس بمجرد ثبوت الوفاء بالدين ، سواء كان ذلك عن جانب المدين أو غيره ، أو تقديم كفالة به يقبلها الدائن أو قبول الآخر تقسيط الدين أو قبوله أخلاء سبيل المدين .

* * *

ما الذى يمنع من النظر فى هذا الاقتراح . لرفع العنت عن الدائنين ، وتخفيض العبء على الأجهزة القضائية .

عظيمة المحاماة

إن المحاماة تسمو إلى أعلى درجات الرفعة دون أن تفقد شيئاً من حرياتها الأصلية ، إنها تستطيع أن تجعل من الإنسان رجلاً نبيلاً دون نظر إلى مولد ، و ثرىاً دون مال ، و رفيعاً دون ألقاب ، و سعيدياً دون حاجة إلى ثروة .

ديان - نقيب المحامين الأسبق بفرنسا

نظرية القرار المضاد

للمسيد الأستاذ
نعيم كامل بباوي
المحامي

مقدمة وتقييم :

القانون الإداري بصفة عامة هو ذلك القانون^(١) الذي ينطبق على الإدارة بمنعنيها العضوى والوظيفي ، بمعنى أنه يحكم الهيئات الإدارية في قيامها بوظيفتها الإدارية .

فالمعنى العضوى لكلمة الإدارة يقصد به مجموعة منظمات تقوم الدولة الحديثة من خلالها بالتدخل في حياة الأفراد واليومية وذلك تحت إشراف السلطة السياسية فيها ، ويندرج تحت هذا المدلول : السلطات المركزية (كرئيس الجمهورية ، والسوزاء ، والمحافظين ومن اليهم) . والسلطات اللامركزية الإقليمية (كمجالس المحافظات ومجالس المدن والمجالس القروية) وغير الإقليمية (كالهيئات العامة) ونضيف للأخيره هيئات القطاع العام المنشأة طبقا للقانون ٩٧

لسنة ١٩٨٣ وفقا للمادة الثانية منه والتي نصت على أن تنشأ هيئة القطاع العام بقرار من رئيس الجمهورية وتكون لها الشخصية الاعتبارية وتعتبر هي اشخاص القانون العام . . .

وأما المعنى الوظيفي لكلمة إدارة فيقصد به النشاط الذي تحققة الهيئات بادية الذكر ، ويؤدى الى إتصالها بالأفراد فيجعلهم مستفيدين من الخدمات التي تؤديها المرافق العامة أو مستحقين لتعويض ناتج عن تصرف خاطئ صادر من إحدى الهيئات الإدارية .

والقرار الإداري هو أحد وسائل الإدارة أو إمتيازاتها في مواجهة الأفراد بوجه عام ، بل إنه أهم تلك الوسائل .

فالقرار الإداري حسبما عرفته محكمتنا الإدارية العليا

في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٩/١/٢٧ هو " . . . افصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بمالها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني ممكن وجائز قانونا ويباعث من المصلحة العامة " .

وبهذا يكون القرار الإداري في أدق موضوعات القانون الإداري ، وفي ناحية أخرى يعد القرار الإداري من أبرز المظاهر التي يتجسد فيها سلطان الإدارة فهي تستطيع عن طريقه وبارادتها المنفردة أن تصدر أوامر ملزمة للأفراد بعمل شئ أو بالإمتناع عن عمل شئ ، كما وأن ذعوى الإلغاء توجه للقرار الإداري بصرف النظر عن مصدره والقرار المضاد - موضوع البحث - لا يعدو أن يكون قراراً إدارياً يلغى ضمناً قراراً إدارياً فردياً صدر سليماً ويقتصر أثر الإلغاء على المستقبل فحسب ،

الفرنسيون على تعريف القرار المضاد . فذهب العميدان أولى ودراجو (٣) فى تعريف القرار المضاد الى أنه " قرار يتم بمقتضاه انتهاء (الغاء) أو تعديل قرار فردى سليم ويقتصر أثره بالنسبة للمستقبل "

وغرفة العميد بونار بأنه ، قرار بمقتضاه يحل محل قرار سابق ويقتصر أثره بالقياس الى المستقبل "

أما الفقيه رينيه - رسالته فى التمييز بين القرارات اللاتحبة والقرارات الفردية - فقد ذهب فى تعريف القرار المضاد الى أنه قرار جديد يلغى بمقتضاه القرار الأول ، وهو يماثل القرار الأخير فى الشكل والإجراءات " ويعرفه فى الفقه المصرى د . سليمان الطماوى (٤) بأنه " إحلال قرار آخر محل القرار الأول ، بحيث يكون فى شأن القرار الثانى إلغاء القرار الأول كلياً أو جزئياً ، وهذا هو الإلغاء الضمنى " .

ويعرفه د . ثروت بدوى (٥) بأنه " إلغاء . أو تعديل القرار السليم الذى أنشأ حقوقاً أو

تطبيقاً

نقسم موضوع هذا المبحث الى مطلبين الأول فى التعريف بالنظرية ، وفى الثانى نطاق تطبيقها .

المطلب الأول :

التعريف بنظرية القرار المضاد :

قد يكون إلغاء القرار الإدارى إلغاء (٦) مجرداً بأن تقتصر الإدارة على مجرد إعدام القرار بالنسبة الى المستقبل كلياً أو جزئياً دون أن تحل محله قرار آخر ، كالاقتصار على إلغاء الترقية أو الترخيص . . . الخ . وقد يكون الإلغاء بإحلال قرار آخر محل القرار الأول ، بحيث يكون من شأن القرار الثانى إلغاء الأول كلياً أو جزئياً . وهذا هو الإلغاء الضمنى . فالقرار الصادر بفصل موظف أو بتعيين آخر فى وظيفة يقتضى إلغاء قرار التعيين ، والقرار الصادر بمنع ملكية عقار يلغى القرار الصادر بالاستيلاء على ذات العقار . . . وهكذا .

وقد اتفق الشراح والفقهاء

مع بقاء كافة الآثار التى تولدت فى الماضى فى ظل القرار الأول سليمة .

فمثلاً قرار التعيين الذى صدر صحيحاً فلا يفسى الا بقرار إستقالة أو فصل أو إحالة للمعاش فى الحدود والضوابط المقررة قانوناً .

ولعل النقاط المثارة - على عجلاتها - تبرز أهمية القرار الإدارى بوجه عام ، والقرار المضاد بوجه خاص ، فتشفع لنا فى إختيار الأخير موضوعاً لهذا البحث المتواضع ، وباعتباره موضوع جديد نسبياً

تقسيم :

وسوف نقسم البحث الى ثلاثة مباحث ، فنتكلم فى الأول عن التعريف بنظرية القرار المضاد ونطاق تطبيقها ، وفى الثانى عن ضمانات إصدار القرار المضاد ، وفى المبحث الثالث نتكلم عن آثار القرار المضاد ثم نعقب ذلك بهاقعة . والله الموفق .

المبحث الاول : التعريف بنظرية القرار المضاد ونطاق

تخرج عن إطار النظرية ، فهي تلك القرارات التي شابها عيب جسيم بحيث ينحدر بها الى درجة الإنعدام ، وبالتالي تفقد صفتها الإدارية ولا تتمتع بالحصانة المقررة للقرارات السليمة .

أما القرارات التي تندرج في إطار النظرية فقد إشتراط الفقه المشار اليه ، أن تتوافر لها مقومات القرارات الإدارية بصفة عامة ، وأن تكون متسقة مع القانون ، وتولد آثاراً قانونية في التنظيم القانوني القائم اسواء بصفة دائمة أو مؤقتة ، وقد ثار بعض الجدل بشأن القرارات المعيبة أى التي شابها عيب أو أكثر من عيوب عدم المشروعية والتي تبرر طلب الغائها عن طريق القضاء فما مدى إنطباق نظرية القرار المضاد على تلك القرارات ؟

وسوف نقسم هذا الطلب الى ثلاثة فروع ، تبين في الفرع الأول القرارات التي تخرج عن نطاق تطبيق نظرية القرار المضاد ، وفي الثاني القرارات التي تندرج في نطاق تطبيق

المنصوص عليها قانونا .

وعلى هذا ، فإن القرار الفردي الذي صدر سليماً لا يجوز للإدارة سحبه لأن السحب مقصور على القرارات الإدارية المعيبة ، وإنما يجوز الغاء بطريق القرار المضاد في الحدود والضوابط القانونية .

المطلب الثاني : نطاق تطبيق نظرية القرار المضاد .

القرار المضاد حسبما يرى ذكره ، إجراء إداري يتم بمقتضاه الغاء أو تعديل ضمن لآثار قرار إداري فردي صدر سليماً ويقتصر أثره بالنسبة للمستقبل فحسب مع بقاء كافة الآثار التي تولدت في الماضي في ظل القرار الأول سليمة .

بيد أنه مع ذلك ، لامناص من تحديد إطار هذا الإجراء عن طريق تحديد نطاقه ، بحيث لا يتعداه الى غيره من القرارات التي لا تشملها ، وهذا الأمر هو الذي إمتاز بتحديده الفقه الفرنسي - ومن بعده الفقه المصري - في وضوح وجلاء حيث حدد إطار النظرية بدقة ، بافصاحه عن أن القرارات التي

مزاييا لمصلحة فرد من الافراد ، لا يكون الا بقرار من نوع جديد يسمى بالقرار المضاد . وفقاً للشروط والاجراءات التي نص عليها القانون "

كما عرفه د . محمود حلمي (١٦) بأنه " الغاء ضمنى للقرار يصدر قرار مضاد للقرار الأول

وأخيراً عرفه د . حسني درويش في رسالته بادية الذكر بأنه " إجراء إداري يتم بمقتضاه الغاء أو تعديل قرار سليم بالنسبة للمستقبل . ومن جانبنا نرى أن التعريف الأولي من غيره للقرار المضاد هو أنه قرار إداري يتم بمقتضاه الغاء أو تعديل ضمنى لآثار قرار فردي صدر سليماً ويقتصر أثره بالنسبة للمستقبل فحسب " .

ومثال ذلك على ما سلف ، قرار التعيين الذي يصدر سليماً ، فلا يجوز معه الغاء رابطة التوظيف بالغاء قرار التعيين صراحة ، وإنما يكون ذلك عن طريق قرار الإستقالة ، أو الفصل أو الإحالة للمعاش في الدور وطبقا للإجراءات

الفرع الثاني

قصر نطاق تطبيق نظرية القرار
المضاد على القرارات التفاضلية
المشروعة

كما بدى ذكره ، فإن نظرية
القرار المضاد مقصورة على
القرارات الفردية المشروعة التي
تحدث آثاراً قانونية ، أما
القرارات غير المشروعة والباطلة
فهى قرارات قلقة وغير مستقرة
حتى فوات الميعاد المقرر
للمسحب أو الطعن عليها
بالإلغاء فهى تمر بمرحلتين ، وهو
ما سيمر بإيضاحه فى الفرع
الثالث .

وقد اشترط الفقه والقضاء
بالنسبة للقرارات المشروعة التى
تندرج فى إطار نظرية القرار
المضاد ، توافر شروط معينة ،
فإذا تخلف شرط أو أكثر من
تلك الشروط فتخرج عن نطاق
النظرية ، والشروط المطلوبة فى
هذا الخصوص أن تكون
القرارات تامة ، وتتوافر بالنسبة
لها مقومات القرارات الإدارية
وأن تكون نافذة ، فنطاق تطبيق
القرار المضاد مقصور على إلغاء
القرارات السليمة والنهائية ،

وكالقرارات التى تصدر بناء
على غش المستفيد أو صاحب
المصلحة من القرار .

ثانياً : القرارات المخروجة أو
الكاشفة :

وهى تلك القرارات التى لا
تحدث تغييراً بالمراكز القانونية
العامة أو الخاصة ، بل ينحصر
دورها فى تقرير أو تأكيد مركز
قانونى قائم من قبل ،

وهى لذلك لا تنشئ حقوقاً ،
وبالتالى تخرج عن نطاق تطبيق
نظرية القرار المضاد على نحو
ما سلف بيانه .

وعلاوة على ذلك القرارات
التي تدخل فى غيز التنفيذ ،
نتيجة لعدم توافر الأركان
والشرائط المطلوبة لإصدار
القرار ، أو لعدم إستكمال
المراحل التى يمر بها القرار قبل
صدوره ، ومثال ذلك الإجراءات
التحضيرية والقرارات التمهيدية
، وهى لا تزال متجردة من صفة
القرار الإدارى ، ومن ثم فهى
لا تنشئ حقوقاً مكتسبة لأحد
مما يجوز سحبها والعدول عنها
فى أى وقت .

النظرية ، وفى الثالث عن
موقف القرارات المعينة يعيب
بسيط أو أكثر من عيوب عدم
المشروعية من نظرية القرار
المضاد .

الفرع الأول : القرارات التى
تخرج عن نطاق نظرية
القرار المضاد :

أولاً : القرارات المعتمدة :

وهى تلك القرارات التى يبلغ
عيب عدم المشروعية بها حداً
فى الجسامة بحيث يفقدها
صفتها الإدارية وبالتالي ينحدر
بها لدرجة الإنعدام ، فلا تولد
آثاراً قانونية مهما طالت مدة
بقائها ، كما أنها تعتبر عقبة
(٧) أمام الأفراد فى سبيل
إسترداد حقوقهم وحررياتهم ،
ولجهة الإدارة إعلان إنعدامها
فى أى وقت .

ومثال ذلك القرارات التى
تصدر من شخص ليس له علاقة
بالإدارة ، أما لأنه فقد صفته
الإدارية بأحاطته للمعاش أو
فصله مثلاً ، وإما لإفتقاده سند
تعيينه أصلاً وكالقرارات
الصادرة من موظف عام لا يملك
سلطة إصدار قرارات إدارية .

ذلك تظل تلك القرارات خلال الفترة المشار إليها بمنأى عن نظرية القرار المضاد .

ويشور التساؤل حول حكم تلك القرارات إذا ما تحصنت بفوات المدد المقررة للسحب أو الطعن بالالغاء ١١ فهل تندرج فى هذه الحالة فى نطاق النظرية أم تظل مستبعدة من نطاقها ؟

من المقرر أنه بعد إنتضاء المواعيد المشار إليها يكتسب القرار الإدارى حصانة تعصمه من السحب أو الالغاء لأى سبب كان ولو كان خطأ أو مخالفا للقانون (مع ملاحظة القرارات المتعدمة وهى بعيدة عن مجال البحث الآن إذ أن الحصانة التى يكتسبها القرار بعد فوات ميعاد الطعن تكون نافذة فى حق الإدارة كما فى حق الأفراد أيضا لوحدة العلة وهى وجوب إستقرار الأوضاع القانونية الناجمة عن القرارات الإدارية والمساواة بين طرفى القرار فى هذا الشأن ، وهو ما يجعله لنفس السبب مصدراً يعتد به شرعا لمراكز قانونية تالية ، وترتيباً على ذلك فإن القرارات

القرار المعيب هو ذلك القرار الذى شابه عيب أو أكثر من عيوب عدم المشروعية. وهى عيوب الشكل. والإختصاص ومخالفة القانون والانحراف بالسلطة .

بشرط الا ينزل هذا العيب بالقرار الى درجة الإعدام ..

والمستقر فقها وقضاء أن القرارات الفردية ، لايجوز سحبها ، ولو كانت مشوبة بعيب أو أكثر على النحو البادى ذكره - إلا خلال ستين يوماً من تاريخ صدرها ، بحيث إذا إنتقض هذا الميعاد يصح لصاحب الشأن حق مكتسب فيما تضمنه القرار .

فهذه القرارات فى الفترة المقررة للسحب أو الطعن بالالغاء تظل مزعومة مهددة بالسحب أو الإلغاء ، ولذلك لا يتولد عنها حقوق نهائية ومستقرة ، ولكن الحقوق التى تتولد عنها تعتبر من قبيل الحقوق المحتملة أو غير الثابتة ، لأن الحقوق المكتسبة لا تتولد الا من القرارات المشروعة ، لا من القرارات المعينة ، وعلى

وتقتصر آثار الإلغاء للمستقبل .

وفى بعض الحالات يكون إتخاذ القرار المضاد متصوراً عليه بموجب نص القانون . وفى تلك الحالات يفترض أن تكون تلك القرارات مشروعة ونهائية ، بمعنى أنها دخلت حيز التنفيذ ورثت حقوقاً ومزايا لأصحاب الشأن ، ولذلك لايجوز الغاؤها إلا عن طريق القرار المضاد وبأثر يقتصر على المستقبل

وقد يكون الغاء القرارات التى لا تولد حقوقاً مثل قرارات منع الترخيص ، والقرارات الوقتية الخ بقرار مضاد لا يحدده نص قانونى

ومن ثم فإن الخلاصة هى ان نطاق تطبيق النظرية مقصور على الغاء القرارات السليمة والنهائية سواء تولد عنها حقوق ومزايا أم لم يتولد عنها شئ من ذلك ويخرج ما عداها عن تطبيق النظرية .

الفرع الثالث

موقف القرارات المعيبة من تطبيق نظرية القرار المضاد

المعية بتحسينها - بغوات
المواعيد بادية الذكره تندرج فى
نطاق نظرية القرار المضاد .

المبحث الثانى : ضمانات إصدار القرار المضاد :

نقسم هذا المبحث الى ثلاثة
مطالب نتكلم فى الأول عن
الإختصاص والشكل فى القرار
المضاد ، وفى الثانى عن
تسببيه ، وفى المطلب الثالث
عن إحترام حقوق الدفاع ، على
الوجه التالى :

المطلب الأول : الإختصاص والشكل فى القرار المضاد

سلطة إصدار القرار المضاد
مقررة عادة للسلطة التى
أصدرت القرار الأول أو
السلطة ^(أ) الرئاسية بالنسبة
اليها ، الا فى الحالات التى
يكون فيها القرار من
الإختصاص المطلق للمرءوس ،
فحينئذ لا يكون للرئيس
إختصاص فى هذا الصدد .

وهذا المبدأ مقرر كقاعدة
عامة لأن المشرع قد يجعل
إختصاص إصدار القرار المضاد
لهيئة أخرى مستقلة عن الهيئة

التي أصدرت القرار الأول ، فلا
مناص من النزول على إرادة
المشرع ومن الأمثلة على ذلك
القرارات الصادرة بالتعيين أو
بالترقية فان سلطة الفائها تكون
لمجالس التأديب أو المحاكم
التأديبية بحسب الأحوال .

على أنه فى حالة اتحاد
السلطة التى أصدرت القرار
المراد الغاؤه والقرار المضاد ،
فلان تلك السلطة تقارس
إختصاصين متحيزين ، يخضع
كل منهما لشروط مستقلة ،
فاذا كان الإختصاص باصدار
القرار الأول تقديرياً فإن
الإختصاص باصدار القرار
الثانى مقيد فى معظم
الحالات .

وإذا كان المشرع قد حدد
إجراء معين لإصدار القرار
المضاد فيجب اتباعه ، فاذا لم
يحدد المشرع إجراء معين ، فلا
مناص من تطبيق القاعدة العامة
وهي أنه لا قيد على حرية
الإدارة فى التعبير عن إرادتها
ولكن العكس هو الغالب ، لأن
أسباب الإلغاء أو اصدار القرار
المضاد تحد غالباً على سبيل

الحصر ، فيتعين إتساع
الاجراءات المقرره لكل سبب ،
لتأديب ، ونزع الملكية ،
والإستيلاء ، وتخصيص المال
للتفيع العام أو نزع
التخصيص .. الخ

وتطبيقاً لذلك فقد قضت
محكمة القضاء الإدارى ^(٩)
بتاريخ ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٣
بأن " ولا حجة فيما أثاره
الدعى من أن الإستقالة لم تقبل
من يملك قبولها قولاً منه بأنه
مادام قد عين بمرسوم فقد وجب
أن يكون قبول إستقالته بمرسوم
أيضاً لأنه إن صح من ناحية
المبدأ أن السلطة التى تملك
التعيين أو العزل هى التى تملك
قبول الإستقالة ، غير أن من
المسلم أيضاً فى فقهاء القانون أن
الرئيس الإدارى للموظف هو
صاحب الراى فى قبول الاستقالة
التي يقدمها أحد مرؤسيه أو
رفضها وله فى ذلك سلطة تقدير
مطلقة فى إستعمالها فإن قراره
فى ذلك يكون صحيحاً وملزماً
للحكومة والموظف لصدوره منه
فى حدود سلطته القانونية "

وإذا لم يكن هناك إجراء

يفصل في الموضوع مما يختص به القضاء أصلاً فيجب أن يكون مسبباً

وهذا ما أكدته أيضاً حكم آخر لها إذ تقرر " أن الجزاء الذى توقعه السلطة الرئاسية تحيطه ذات الضمانات التى توفرها المحكمة التأديبية بما يجعله مسارياً لحكم المحكمة التأديبية فى هذا الخصوص ، كما أن جزاء السلطة الرئاسية قابل للظعن بالالغاء لعدم التسبب . "

ويلاحظ على تلك الأحكام أن القضاء ما إستلزم تسبب قرارات الجزاء كضمانه لاصدار القرار المضاد الذى تتضمنه بعض تلك القرارات ، وإنما - على ما تقول به المحكمة الادارية العليا لأن قرار الجزاء ذو صبغة تأديبية ، إذ يفصل فى الموضوع مما يختص به القضاء أصلاً فيجب أن يكون القرار مسبباً - مما مفاده ان القرار المضاد ما لم يكن قرار تأديبي تطبيق بشأنه القاعده العامة وهى عدم التسبب ، وهو ما يعد إهدار ل ضمانه أساسية للأفراد .

ألزمها المشرع بذلك بنص صريح فما مدى التزام الإدارة بتسبب القرار المضاد ؟

إن مجلس الدولة الفرنسى (١١) خرج على هذه القاعدة وألزم الإدارة بتسبب جميع القرارات الصادرة بالغاء القرارات الإدارية السليمة . أما الفقه الفرنسى فجانب منه أيد القاعدة التى إنتهى اليها القضاء الفرنسى وهى وجوب التسبب فى حالة إلغاء القرارات الادارية السليمة ،

وأما البعض الآخر فقد عارض هذا الاتجاه وأيد القاعدة العامة وهى أن الادارة غير ملزمة بالتسبب الا إذا ألزمها المشرع بذلك .

أما القضاء المصرى ، فقد ألزم الإدارة بتسبب قرارات الجزاء التأديبي ، حيث قضت محكمةنا الإدارية العليا ، بأنه " إذا كان الأصل فى القرار الإدارى عدم تسبب إلا إذا نص القانون على وجوب هذا التسبب ، فإن القرار التأديبى على النقيض من ذلك - فهو قرار ذو صبغة قضائية - إذ

معين رسمه المشرع للإدارة عند إصدارها القرار المضاد ، فليس معنى هذا تحلل الإدارة من أى قيود ، إذ هى ملزمة بالقواعد العامة ، والتى منها الا يمس القرار الإدارى إلا بقرار آخر فى قوته ، فالقرار الصادر من رئيس مجلس الوزراء لا يلغيه قرار صادر من الوزير ، كذلك القرار الصادر من رئيس الجمهورية لا يلغيه الا قرار صادر من ذات الأداة ، وفقاً لقاعدة التدرج .

وعلى ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ (١٠) ١٩٥٦/١/١ بأن " القاعدة التنظيمية العامة التى تصدر بأداة من درجة معينة لا يجوز الناقضا أو تعديلها الا بأداة من ذات الدرجة أو من درجة أعلى " وأيضاً حكمها بتاريخ ١٩٦٥/٤/٢٤ حيث قضت بأن " القرار المكتوب لا يلغيه الا قرار مكتوب أيضاً "

المطلب الثانى : تسبب القرار المضاد :

القاعدة العامة أن الإدارة لا تلزم بتسبب قراراتها إلا إذا

إذا إنتقلنا للفقه المصرى نجد أن الاستاذ الدكتور / سليمان الطماوى من أنصار الزام الإدارة نحو تسبیب القرار المضاد إذ يقول تعليقا على قضاء مجلس الدولة الفرنسى السابق ذكره أن " ولا يمكن تبرير هذا الإستثناء الا على أساس حماية الأفراد ، ولأن اختصاص الإدارة فى إلغاء القرارات الإدارية السليمة هو إختصاص مفيد أى لا يتم فى الغالب الا لأسباب محددة سلفاً فمن المصلحة العامة أن توضع الإدارة تلك الأسباب فى قراراتها حتى تسهل مهمة الرقابة القضائية "

كما يؤيد هذا الاتجاه فى الفقه المصرى المذهب ^(١٠) الدكتور / حسنى درويش إذ يقرر أن " ونحن من جانبنا نأخذ بالقاعدة التى تقضى بأن إلغاء قرار فردى سليم يجب أن يكون دائما مسببا وسندنا فيما نذهب أن بعضنا من الفقه الفرنسى قد إنتهى الى أن الإدارة ملزمة بتسبیب قراراتها الإدارية ، فمن باب أولى بالنسبة لإلغاء القرارات الفردية المشروعة ،

والتي تولد حقوقاً ومزايا لأصحاب الشأن ، وهذا فى حد ذاته ضمانه شكلية تتيح للقضاء مد الحماية للأفراد أصحاب الشأن ، وتلمس الدوافع والأسباب التى حدث بالادارة الى إصدار القرار ، وأن تلك الأسباب تسهل مهمة الرقابة القضائية وإن كان هذا الاتجاه يخالف القاعدة التقليدية التى جرى عليها الفقه والقضاء منذ فترة طويلة والتى تقضى بأن الادارة غير ملزمة بالتسبیب الا حيث يزوج نص خاص يقضى بذلك "

وإنى أشاطر الرأى الفقهى الأخير فيما اتجه إليه من رأى بوجود نسب الادارة لقراراتها التى تلغى القرارات الإدارية الفردية المشروعة ، التى ترتب حقوقاً أو مزايا للأفراد ذوى الشأن ، ورغم أن هذا الاتجاه الذى نادى به يمثل خروجاً على القاعدة العامة التى تقرر أن الإدارة غير ملزمة بتسبیب قراراتها الا حيث يلزمها المشرع بذلك .

فلا مشاحة فى أن التسبیب

فى هذا الخصوص يمثل ضمانة أكيدة للأفراد الذين إكتسبوا حقوقاً فى ظل القرار الأول ، حيث يسهل مهمة القضاء فى بسط رقابته على صحة الدوافع والأسباب التى إكتسفت إصدار القرار المضاد ، فضلا عن أن التسبیب فى رأى يجعل الإدارة تتربص فى إصدار مثل تلك القرارات ، أى بعد فحص وتحيص شديدين ، حتى يكون قرارها بمنأى عن الإلغاء القضائى ، مما يتعكس بالتالى على إستقرار المراكز والأوضاع القانونية .

أما فيما يتعلق بالتسبیب فى مجال القرارات التأديبية ففهم ضرورة لا تنفى عنها حيث يكفل الإطمئنان الى صحة ثبوت الوقائع التى قرر الجزاء بناء عليها ، والتى كونت منها السلطة التأديبية عقيدتها وإقتناعها ، كما يكفل الإطمئنان الى صحة التكليف القانونى للواقعة ومدى إنطباق أدلة الإدانة بما يفيد أركان الجريمة التأديبية وقيام القرار عملى سبب يبرره حقا وصداقا . (١١)

المطلب الثالث : احترام
حقوق الدفاع :

إن عدم الأخلاص بحق الدفاع هو من المبادئ القانونية التي توجد بغير نص . ويقصد بحق الدفاع تمكن الموظف من الدفاع عن نفسه وإبداء ملاحظاته ، فينبغي منحه أجلا معقولاً لتحضير دفاعه إذا ما طلب ذلك وحق الدفاع بهذا المعنى ، يقوم على فكرة أساسية مفادها أن للمتهم إيضاح وجهة نظره للهيئة التي تقوم بالتحقيق ، وتلك التي تقوم بالمحاكمة دون بغي منه أو بغي عليه ، وهذا المبدأ ينطبق في شأن القرارات التي تولد حقوقاً وتلك التي لا تولد حقوقاً .

ومن أبرز صور إخترام حقوق الدفاع فى القرارات التى لا تنشئ حقوقاً هى قرارات الجزاء التأديبى ، ومن المعروف ، أن مناسط مشروعية القرارات التأديبية أن يكون إستخلاصها لنسوع الجريمة التأديبية ، إستخلاصا سليما من الوقائع الشابتة بالأوراق . . . وألا يتسم الجزاء الذى توقعه جهة التأديب

بالغلو والشدة التي لا تتناسب
مع حقيقة ما نسب للعامل .

وهذا هو ما إلتجته إليه محكمة القضاء الإداري إذ قضت في حكم لها بتاريخ ١٩٧٩/٢/٢٣ بأن من حيث أن القرار المطعون فيه يقوم على سبب صحيح مستند من أصول ثابتة في الأوراق وصادر عن يملكه ، وبعد تحقيق مع المدعى روعيت فيه الضمانات المقررة قانونا للدفاع عن نفسه - فإن القرار يكون بحسب الظاهر سليماً قانوناً "

وهو أيضا ما تبنته المحكمة الإدارية العليا في حكم لها في ١٩٧٩/١٢/١ إذ قررت أنه " لا يجوز توقيع عقوبة على العامل الا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه ويجب أن يكون القرار الصادر بتوقيع العقوبة مسببا " .

ولكن هذه الضمانة لا يتمتع بها من وضع نفسه في وضع لا يتفق ومقتضيات الوظيفة أو من لم يراع حدود الكرامة أو متى استحال على الإدارة إعمالها

يفعل الشخص نفسه . وهو أمر
مستقر عليه فى القضاء والفقه
فى فرنسا ومصر .

ومن تطبيقات القضاء
الفرنسي^(١٥) في هذا الشأن ،
حكم مجلس الدولة الفرنسي ،
إذ لم يبلغ قرار الفصل الصادر
دون سماع دفاع الموظف ، لأن
هذا الموظف كان قد غادر مقره
دون أن يتسرك عنوانه ، وكان
من المستحيل الإستدلال على
ذلك العنوان .

ومن تطبيقات ذلك في مصر
حكم محكمة (١١٦) القضاء
الإداري إذ قضت بأن " وإن
كانت حرية الدفاع حق مقدس
مجمع على احترامه إلا أن هذه
الحرية تجب معها الطبعي في التزام
الكرامة . . .

وفي حكم آخر بتاريخ ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٥ قضت بأن " إمتناع بعض الموظفين عن الإدلاء بأقوالهم أثناء التحقيق لسبب من الأسباب لا يؤدى الى بطلان الإجراءات لأنهم هم الذين فوتوا على أنفسهم فرصة سماع أقوالهم وتحقيق دفاعهم فلا يجوز لهم أن يفرضوا إرادتهم

من حيث وجوب تأليف لجنة قضائية لبحث شكاوهم وتحقيق دفاعهم ، إذ أن هذا الأمر من سلطة وكيل الوزارة يمارسه في حدود اختصاصه المرسوم بقانون نظام موظفي الدولة ^(١٧) .

ومن ناحية أخرى فإن بسط القضاء الإداري رقابته على قرارات التأديب من حيث الملائمة فيما يعرف بخلو الجزاء أو شدته يجد صده في العديد من أحكامه ، ومنها حكم محكمة ^(١٨) القضاء الإداري والذي جاء فيه " . . . ولما كان المفروض على لجنة الشياخات التزام التدرج المقرر قانوناً في شأن تقدير العقوبة تبعاً لنوع الجريمة ودرجة خطورتها لأن هذا التدرج فيما يجوز للجنة الشياخات أن توقعه من جزاءات ، وقد وضعته المادة ٢٤ من القانون رقم ١٤١ سنة ١٩٤٧ الخاص بالمسند والمشايع ، وهو يدل على أن المشرع قصد أن يقاس الجزاء بما يثبت من خطأ ، ولم يقصد البتة إعطاء اللجنة سلطة فصل العدة مهما تكن التهمة الموجهة إليه أو مهما يكن الخطأ

الذي وقع فيه . ومن ثم لا يجوز الإعتماد الى عقوبة الفصل وهي أشد الجزاءات الا من أجل تهم جسيمة أتاها العدة ، ومن أجل ذلك تبدو عدم الملائمة الظاهرة بين التهم المنسوبة للمدعى والعقوبة التي تضمنها القرار المطعون فيه مما يجعله مشوباً بعيب الإنحراف وسوء استعمال السلطة "

ثم سحبت هذا المبدأ من مجال تأديب العمد الى تأديب بعض الطوائف الأخرى ، ومن ذلك حكمها الصادر في ^(١٩) ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥٣ بخصوص العقوبات التي توقع على طلبة الكلية الحربية حيث تقول : " . . . وقد قصد الشارع بهذا التدرج في ذكر العقوبات أن يقاس الجزاء بما يثبت من خطأ ، فلا يفصل الطالب مهما تكن التهمة الموجهة اليه ، وإنما يجب أن يقاس الجزاء بمقياس الخطأ الذي وقع منه "

الا أن مجلس الدولة المصري سواء بهيئة محكمة قضاء إداري أو محكمة إدارية عليا

قد عدل عن هذا المسلك بأحكام لاحقة ، فمحكمة القضاء الإداري تقول مثلاً في حكمها الصادر في ٣٠ يناير سنة ١٩٥٧ أن " تقدير مدى تناسب الجزاء التأديبي مع المخالفة التأديبية التي استتوجبت توقيعه ، هو مما تستقل به الجهة التي جعل لها القانون الاختصاص بتوقيعه ، ولا تملك المحكمة - على ما جرى به قضاؤها - التدخل في هذا التقدير . ومرد ذلك الى أن المخالفات التأديبية غير محددة ، ولا مقررة بنصوص خاصة تبين أركان كل منها ، ولذلك يقع العقاب التأديبي على أعمال تصدر الجهة التأديبية أنها تستحق الجزاء ، وتقدر تبعاً لذلك مقدار هذا الجزاء في حدود العقوبات الواردة في القانون .

وقد حرصت المحكمة الإدارية العليا على أن تؤكد هذا المبدأ الأخير ، في نطاق تأديب العمد ، وهو المجال الذي نشأ فيه هذا القضاء لأول مرة ، فهي في حكمها الصادر في ١٥ يونية سنة ١٩٥٧ تؤكد أنه " لما كان

مبدأ نسبياً فيما يتعلق بإنهاء الآثار الفردية للمستقبل ، ويبقى المبدأ مطبقاً في صورته المطلقة ، فيما يتعلق بعدم المساس بالآثار الفردية التي ترتبت في الماضي سليمة ، ويمتنع على الإدارة أن تنال منها في المستقبل .

وذلك هو ما إنتهى إليه العميد ^(٢١) الدكتور/ سليمان الطماوى إذ قرر " إن القرار المضاد ... ينصرف أثره الى المستقبل ، مع بقاء كافة الآثار التي ولدها القرار الملغى سليمة ، ومنتجة لجميع آثارها . فالقرار الصادر بفصل الموظف لا أثر له على كافة الأعمال التي قام بها الموظف قبل قرار الفصل ، وتظل هذه الأعمال سليمة وملزمة للموظف الذي عين خلفاً له وللإدارة كلها ، والقرار الصادر بالفناء الترخيص يفتح محل عام لا يمس العلاقات التي تكون قد تمت قبل صدور القرار الأخير ... الخ "

وهو أيضاً ما قرره ^(٢٢) الدكتور/ محمود حلمي إذ قال

المضاد للمستقبل ، وفي المطلب الثاني عن عدم إنسحاب القرار المضاد على الماضي .

المطلب الأول : قصر آثار القرار المضاد للمستقبل .

يسرى الفقيه جيز ^(٢٣) أن القرار المضاد باعتباره تصرفاً قانونياً يتم بمقتضاها إلغاء الآثار القانونية التي تولدت في قرار مشروع بالنسبة للمستقبل ، فإنه مما يخالف المنطق القانوني إلغاء آثار القرار التي تولدت في الماضي سليمة ، ولذلك تتجه آثار القرار المضاد للمستقبل .

فالقرار الملغى بموجب القرار المضاد يتوقف عن أن ينتج آثاره القانونية بالنسبة للمستقبل ، وتبقى آثاره في الماضي سليمة وهذا القول يحمل معنى عدم المساس بالآثار التي ترتبت في الماضي ، وعلى العكس المساس بالآثار التي ستترتب في المستقبل . وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء ، إذ أن مبدأ إستقرار الآثار الفردية للقرارات الإدارية في شأن القرار المضاد يفقد

المشرع لم يحدد في قانون العمد والشايع عقوبة معينة لكل فعل تأديبي بذاته ، بحيث تتقيد الإدارة بالمعقوبة المقررة له ، والا وقع قرارها مخالفاً للقانون ، فإن تقدير تناسب الجزاء مع الذنب الإداري في نطاق تطبيق هذا القانون ، يكون من الملامات إلى التي تنفرد الإدارة بتقديرها ، والتي تخرج عن رقابة القضاء الإداري " وفي حكم أحدث صادر في ٥ يناير سنة ١٩٦٣ (س ٨ ص ٣٩٨) قد فسرت المقصود باصطلاح عدم الملامة التي قد ترد في بعض الأحكام في هذا الصدد حيث تقول : " ... إن تقدير المعقوبة للذنب الإداري الذي يثبت في حق الموظف هو من سلطة الإدارة ، لا رقابة للقضاء فيه عليها ، الا إذا اتسم بعدم الملامة الظاهرة ، أى بسوء إستعمال السلطة " .

المبحث الثالث : آثار القرار المضاد :

نقسم موضوع هذا المبحث الى مطلبين ، نتكلم في الأول منهما عن قصر آثار القرار

ترتبت في الماضي من خلال أعمال مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية . فهذا المبدأ مؤداه أن القرارات الفردية تصدر نافذة من وقت صدورها في حق الإدارة ، ومن تاريخ العلم بها في حق الأفراد ، ولا تنسحب على الماضي ، وهذا المبدأ يقوم على فكرة إستقرار المعاملات ومنطق العدالة وذلك بمنع انتشار المحسوبية على حساب النفع العام ، كما أن تلك القاعدة لا تستند الى مجرد إحترام الحقوق المكتسبة والمراكز الشخصية فحسب ، بل تقوم أيضا على ضرورة ممارسة الاختصاصات الإدارية وفقا للأوضاع القانونية السليمة ، ومنها ممارسة الاختصاص بالنسبة للمستقبل .

خاتمة :

عرضنا في هذا البحث التواق ، لدراسة وتأصيل نظرية من أدق نظريات القانون الإداري . والمعلوم أن القانون الإداري هو قانون حديث العهد والنشأة نسبيا ، وهو أيضا قانون إنشائي من خلق القضاء

الفرنسي يرى أن مبدأ عدم المساس بالآثار الفردية للقرارات الإدارية يطبق بصورة مطلقة فيما يتعلق بالآثار التي تولدت في الماضي سليمة ، وهذه النظرية تطبق في شأن القرارات الفردية والشرطية ، الا أنه فيما يتعلق بالقرارات الشرطية فيرد عليها عدة إستثناءات تمس آثار الفردية التي ترتبت في الماضي سليمة ، وذلك إذا ما ترتبت عليها مصلحة لصاحب الشأن ، فعلى سبيل المثال : سحب قرارات فصل الموظفين والسحب الرجعي للقرار السليم بالإحالة الى المعاش ، ففي تلك الحالات تعدم الإدارة آثار قرارات الفصل أو الإحالة الى المعاش بأثر رجعي ويعود الموظف الى وظيفته الأولى ، ويعتبر كأنه لم ينفصل عنها في أية لحظة من اللحظات .

وبصرف النظر عن هذه الإستثناءات فالقاعدة هي إحترام مبدأ عدم المساس بالآثار الفردية للقرارات الإدارية المشروعة ، وهذا المبدأ مطلق فيما يتعلق بالآثار التي

بأن " ... أما إذا صدر القرار الفردي مضادا لقرار فردي آخر فإن القرار الجديد هو الذي يسرى ويعتبر ملغيا للقرار السابق فيما تضمنه من تضارب مع القرار الأول :

والإلغاء سواء كان صريحا أو ضمنيا يكون كليا شاملا للقرار برمته أو جزئيا يتعلق ببعض أحكامه فقط - ويعتبر القرار الجديد - إذا نظم في جديد موضوع القرار السابق - ناسخا له جملة وتفصيلا ولو إنتفى التعارض بين بعض أحكام القرار الجديد والقرار السابق "

المطلب الثاني : عدم إنسحاب القرار المضاد على الماضي .

كما بدى ذكره ، فإن القرار المضاد يقتصر أثره بالنسبة للمستقبل ، ولا تنسحب آثاره على الماضي .

ويرى الفقيه جيز أن القرار المضاد لا ينسحب على الماضي ويرجع ذلك الى أن القرار المضاد بديل عن القرار الملغى ومنفصل عنه بصورة مطلقة . بيد أن هناك رأى في الفقه

الإدارى فى فرنسا ومصر ، فيرجع الفضل كل الفضل للقضاء الإدارى فى إرساء معالمه وإبتداع نظرياته ، وذلك بوضع الحلول المناسبة فى المنازعات الإدارية ، للتوفيق بين إعتبارات الحريص على سير المرافق العامة بانتظام وإطراد - وهى قاعدة أصيلة فى القانون العام - وبين حرية الأفراد وحقوقهم ، بمعنى أن تلتزم الإدارة فى تصرفاتها حدود المشروعية .

ونظرية القرار المضاد - موضوع البحث - نشأت أول ما نشأت فى فرنسا . ومن المعلوم أن فرنسا هى الدولة الوحيدة التى إكتملت فيها معالم القانون الإدارى وحدوده - أو كادت - بالإضافة الى أن فرنسا هى المصدر التاريخى للقانون الإدارى فى مصر ، ولذا فهى بحق المرشد والمثار لكل باحث فى علم القانون الإدارى (٢٣) .

وهذه الوسيلة - القرار المضاد - تعد إحدى وسائل إنهاء القرار الإدارى الفردى السليم بعمل من جانب الإدارة ومجال إنطباق النظرية - كما سلف ذكره - يشمل القرارات الشخصية والقرارات الشرطية ، سواء ولدت حقوقاً ومزايا للأفراد ذوى الشأن أم لا .

وقد أحاط المشرع - فى فرنسا ومصر - تلك الوسيلة بضمانات متعددة ، ومن ثم فهى ضمانات قانونية ، إلا أن عدم النص على تلك الضمانات فى إتباع هذا السبيل ، لم يمنع القضاء عن أن يقرر ضمانات لتلك الوسيلة ، وعلى الأخص فى القرارات التأديبية - فى مصر قبل صدور قانون النياية الإدارية رقم ١١٧ سنة ١٩٥٨ - وتلك الضمانات على ما أسلفنا تنحصر فى الإختصاص والشكل ، وقاعدة التصيب ،

وقاعدة إحترام حقوق الدفاع . ونرى مع ذهب إليه الفقه المصرى بحق أن يطبق القضاء المصرى ، القاعدة التى أتبعها مجلس الدولة الفرنسى ، وهى قاعدة تسبب القرار المضاد عموماً ، بحيث لا يقتصر مجال أعمالها على القرارات التأديبية فقط ، حيث نرى فى ذلك مع من سبقنا إليه ، ضمانة جوهرية للأفراد تمثل حصن أمان ضد عسف الإدارة وشططها فى إستعمال سلطتها .

وبعد .. لا نجد فى ختام هذا البحث المتواضع شيئاً نقوله أفضل مما ذكره العماد الأصفهانى بقوله " لا يكتب إنسان كتاباً فى يومه الا قال فى غده لو غير هذا لكان أحسن ، ولوزيد كذا لكان يستحسن ، ولو ترك هذا لكان أفضل ، وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على إستيلاء النقص على جملة البشر " .

"والله ولى التوفيق"

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

مواش

١- د. سليمان الطماوى الرجيز فى القانون الإدارى طبعة ١٩٨٢ ص ٤ .

٢- د. سليمان الطماوى - النظرية العامة للقرارات الإدارية طبعة ١٩٧٧ ص ٦٩٥ وما بعدها .

٣- مشار إليها فى د. حنى درويش - نهاية القرار الإدارى عن غير طريق القضاء . رسالة دكتوراه .

٤- النظرية العامة للقرارات الإدارية سالف الإشارة .

٥- تدرة القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية طبعة ١٩٧٠ ص ١١١ وما بعدها .

٦- رسالته لنيل درجة الدكتوراه وموضوعها سريان القرار الإدارى من حيث الزمان .

٧- د. ومزى الشاعر - تدرج الإعلان فى القرارات الإدارية - رسالة دكتوراه - عين شمس .

٨- د. سليمان الطماوى - النظرية العامة للقرارات الإدارية بادية الذكر ص ٦٩٦ وما بعدها .

٩- منشور فى رسالة الدكتوراه المشار إليها - دكتور حنى درويش .

١٠- المرجع السابق .

١١- د. سليمان الطماوى - النظرية العامة للقرارات الإدارية سائلة لانتوبة ص ٦٩٨ .

١٢- النظرية العامة للقرارات الإدارية بادية الذكر .

١٣- رسالة سالف الإشارة .

١٤- حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٧ يوليوز سنة ١٩٥٨ السنة السابع ص ٧٤٤ .

١٥- حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ - مشار إليه

فى النظرية العامة للقرارات الإدارية - سالف الإشارة - د. سليمان الطماوى .

١٦- القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٥٧/٩/٣٠ منشور فى مؤلف التنبؤ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

التأديبي المعاصر للأستاذ / صلاح الدين الطوخى هامش ص ٨٣ .

١٧. منشور في النظرية العامة للقرارات الإدارية للدكتور الطماوى (سبق ذكره) .

١٨. مجموعة أحكام المجلس ، السنة الثامنة ص ٥٤٠ ، وينفس المعنى والألفاظ
عديد من الأحكام إليهم في النظرية العامة للقرارات الإدارية الدكتور / الطماوى هامش
ص ٨٤ .

١٩. المرجع السابق ص ٨٤ وما بعدها .

٢٠. د. حسنى درويش نهاية القرار عن غير طريق القضاء (سبقت الإشارة إليه)

٢١. مرجعه سالف الإشارة .

٢٢. د. رمزي الشاعر في رسالة بادية الذكر .

٢٣. رسالته المشار إليها .

مقدمة

للسيدة الاستاذة
عبد المنعم عبد الباقي النفيلى
المحامي

حقهم فى الميراث ولا يحتمل الفصل فى طعنهم على التصرف غير حل واحد ولا يصح أن يكون التصرف بيعاً بالنسبة لبعضهم ويكون فى نفس الوقت وصية بالنسبة للآخرين "

(نقر ١٩٦٨/٤/٣٠ طعن ١١٢ س ٣٣ ق) .

وبنفس المعنى قضت محكمة النقض .

" دعوى صحة التعاقد دفع ورثة . البائع بطلان العقد لصدوره من المورث وهو فى حالة عتة شائعة ويعلمها المشتري موضوع غير قابل للتجزئة " .

(نقر ١٩٧٧/٥/١٧ طعن ٣٩٨ س ٤٢ ق) .

وفى قضاء آخر .

" إذا كان الطاعن قد وجة دفعة بصورية عقداً للبيع الصادر لمورث الطعون عليهم وصدر

موضوع غير قابل للتجزئة .

" من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن حق الشفعة من الحقوق التى يجرى فيها التوارث وهو حق غير قابل للتجزئة يثبت لكل وارث إذا انفرد ولهم جميعاً إذا اجتمعوا عليه "

(الطعن رقم ٩٠٩ س ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٢/٢٤ س ٣٢ ج ٢ ص ٦٦١) .

والحالة السابقة التى أشار إليها الحكم أن المورثة قبل وفاتها كانت أعلنت إعلان الرغبة فى الشفعة بالفعل ولم تتنازل عن الحق فى الشفعة .

وفى قضاء آخر لمحكمة النقض " دعوى صحة ونفاذ عقد بيع صادر من مورث دفعها من جانب فريق من الورثة بأن التصرف فى حقيقة وصية - نزاع غير قابل للتجزئة - لأن الورثة يستمدون مركزهم رغم تعددهم من مصدر واحد هو

القاعدة نسبية الاثر المترتب على الإجراء سواء بالنسبة لمن باشر أو لمن بوشر ضده بمعنى أنه لا يضار منه إلا من أجراه ولا يحتج به إلا قبل من أمجد ضده إلا أن تلك القاعدة استثنى منها بعض الحالات .

١ - الحكم فى موضوع غير قابل للتجزئة

٢ - وفى الالتزام بالتضامن

٣ - وفى دعوى يوجب القانون فيها إختصاص أشخاص معينين .

الحالة الأولى موضوع غير قابل للتجزئة :

هو عدم التجزئة المطلوبة الذى يكون من شأنه أن الفصل فى النزاع لا يحتمل غير حل واحد بعينة ومن الأمثلة التى اعتبرت فيها محكمة النقض

الحكم المطعون فيه مقررأ رفض
هذا الدفع في مواجهة هؤلاء
الخصوم جميعاً وكان موضوع
الصلوية بهذا الوضع الذى
إنتهت به الدعوى غير قابل
للتجزئة وكان مناط العنى على
الحكم المطعون فيه هو موضوع
الصلوية أنف الذكر فإن بطلان
العقد بالنسبة للمطعون عليهم
الخمس الأولين يستمع بطلان
بالنسبة للمطعون عليه السادس
كما يتعين معه بطلان العقد
برمته "

(نقض ١٩٧٤/٢/٢٨ من ٢٨ ق ٢٥
مكتب من ١٩٨٨)

وفى قضاء آخر

" الإدعاء بتزوير عقد الرهن
الصادر من المورث غير قابل
للتجزئة "

(الطعن ١٩٧٧/٢/٧ من ١٨ من ١٩٦٥)

وفى قضاء آخر

" الحكم فى النزاع فى شأن
صحة السند أو تزويره صادر فى
موضوع غير قابل للتجزئة "

(الطعن ١٩٧٣/٤/٤ من ١٤ من ١٩٦٠)

وفى قضاء آخر

" القضاء بإنهاء عقد

الإيجار للأرض الفضاء المؤجرة
للمورث موضوع غير قابل
للتجزئة بطلان العقد بالنسبة
للطاعنات عدا الطاعنة الأولى
آثره - وجوب اختصاصهن فى
الطعن م. ٢١٨ مرافعات "

(طعن رقم ١٠٣٩ من ٤٥ ق جلسة
١٩٨٠/٢/٢٩ من ٣١ من ١٩٤٢)

وفى قضاء آخر .

" الأصل إن رسم الأيلولة
ينقسم بين الورثة يعتبر النزاع
غير قابل للتجزئة إذا كان
متصباً على عناصر التركة
ومقوماتها وما يخضع منها
للرسم وما يعفى منه قبل
أيلوتها إلى الورثة ."

(نقض ١٩٧٠/٢/٢١ من ٢١ من ١٩٠٠)

" المقرز وعلى ما جرى به
قضاء النقض إن تركه المدين
تتشغل بمجرد الوفاء يديون
والتزامات المتوفى بما يغول
لدائنيه إستيفاء ديونهم منها
تحت يد الورثة أو خلفائهم ما
دام إن الدين قائم لأن التركة
منفصلة شرعاً على أشخاص
الورثة وأموالهم الخاصة وترتيباً
على ذلك يكون دفع المطالبة
الموجهة إلى التركة فى شخص

الورثة غير قابل للتجزئة يكفى
أن يديه البض منهم ليستفيد
منه البعض الآخر وإذا قضت
محكمة الاستئناف بقبول الدفع
بإنقضاء الخصومة بمضى المدة
بالنسبة لبعض الورثة دون
غيرهم - الطاعن - الذى قضى
برفض الدفع بالنسبة له بإلزام
التركة ممثلة فى شخصة بالدين
فإنها تكون قد أخطأت فى
تطبيق القانون "

(الطعن رقم ٤٢٠ من ٤٧ ق جلسة
١٩٨٢/٢/٢٩ من ٢٥ من ١٩٨٨)

وفى قضاء آخر

تقدير أتعاب المحامى عن
مهمة واحدة لموكليين متعددين
موضوع غير قابل للتجزئة رفع
أحد المحكوم عليهم إستئناف فى
الميعاد فإنه لبقاى المحكوم
عليهم رفع إستئناف عن ذات
الحكم بعد الميعاد منضمين للأول
فى طلباته م. ٢١٨ مرافعات "

(الطعن رقم ٢٥٧ من ٤٢ ق جلسة
١٩٧٨/٢/٢٨ من ٣٠ من ١٩١١)

دعوى بطلان عقد الهبة لعدم
أستيفائها الشكل القانونى -
غير قابل للتجزئة .

(الطعن رقم ٨٢٢ من ٤٤ ق جلسة
١٩٨٨/٢/٢٩)

س ٤٥ ق ١

يكون الإلتزام غير قابل للإلتزام .

وعدم القابلة للإلتزام كما ذكرنا قد يكون نتيجة عدم القابلية للإلتزام بسبب طبيعة المحل والحساب الجارى يخضع لقاعدة عدم جواز التجزئة بشرط ان يتضمن وجود معاملات متبادلة ومتصلة ومتشابهة بين طرفيه يحمل بعضها بعضا .

وقد قضت محكمة النقض

٤. الحساب الجارى الذى يخضع لقاعدة التجزئة - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو الحساب الذى يتضمن وجود معاملات متصلة بين طرفية يعتبر فيها كل منهما مديناً أحياناً ودائناً أخرى وتكون هذه العمليات متشابهة يتخلل بعضها بعضاً بحيث تكون مدفوعات كل من الطرفين مقرونة بمدفوعات من الطرف الآخر .

وأما إذا تظلم الحساب على أساس إن مدفوعات أحد الطرفين لا تبدأ إلا حين تنتهى مدفوعات الطرف الآخر فإن هذا الحساب لا يخضع لقاعدة عدم التجزئة .

(نقض س ١٩٨/٧/٢٥) نقض س ١٩٨/٧/٢٥

أ- إذا ورد على محل لا قبل بطبيعة أن ينقسم

ب- إذا تبين من القصد الذى رعى إليه المتعاقد أن الإلتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً أو إذا أنصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك ومفاد هذا الحكم أن القابلية للإلتزام مقصودة فى بداية الأمر الألتزامات الاتفاقية أما الإلتزامات الغير الاتفاقية فيرجع منها إلى طبيعة محل التزم - وقد قضت محكمة النقض .

٥. أن كان الأصل إن الإلتزام يكون قابلاً للإلتزام إذا أورد على محل يقبل بطبيعة أن ينقسم إلا أنه يمكن تقرير عدم الإلتزام بإرادة المتعاقدين - ولمحكمة الموضوع سلطاتها المطلقة فى إستخلاص ما إذا كانت نية المتعاقدين قد اتجهت إلى قابلية أو عدم قابلية الإلتزام للإلتزام دون معقب عليها من محكمة النقض .

(نقض ١٩٧٨/٥/٢٥) نقض رقم ١٩٧٨

بطلان عقد بيع وفاتى يخفى رهن غير قابل للتجزئة .

(ملحق ١٩٥٥/٣/٢ - م ق م ١١٥٠)
(١١٦ س ٢٢٧)

وفى قضاء آخر .

٦. دعوى بطلان إجراءات التنفيذ لا تقبل التجزئة - والقضاء ببطلان حكم مرسى المزد بالنسبة للمطعون ضدها الثالث ينسحب أثره لباقى الخصوم فى الدعوى فمن ثم لا على الحكم المطعون فيه عدم رده إستقلالاً على ما آثاره الطاعنان بالنسبة لصحة تثيل المطعون ضدها السابقة لن بلغ سن الرشد أثناء سير الخصومة التنفيذ .

(الملحق رقم ٤٤٥ س ٤٨ ق مجلة)
(١٩٨٠/١/١٧ س ٣١٦)

وكما بدأنا فإن عدم التجزئة المقصودة أن يكون الفصل فى النزاع لا يحتمل غير حل واحد بعينة بصرف النظر عن موضوع الطلبات ومحلها .

(نقض ١٩٧٩/٧/٢٣ ملحق رقم ٧٥٢)
(٤٤٣)

وذلك كله فى نطاق نص المادة ٣٠٠ مدنى التى تذكر .

النزاع حول عناصر التركة ومقوماتها قبل أيلولتها للورثة يعتبر غير قابل للتجزئة فقد قضت محكمة النقض " وإن كان الأصل في رسم الأيلولة ينقسم بين الورثة ويستحق على صافي نصيب كل وارث وينتصب كل منهم حصصاً عما يخصه من بعد تحديد إلا أنه إذا كان النزاع منصفاً على عناصر التركة ومقوماتها قبل أيلولتها إلى الورثة وما يخضع منها للرسم الأيلولة - وما يعفى منه وهي أمور لا تحتل المغايرة ولا يتأني أن تختلف إختلاف الورثة فإنه يكون نزاعاً غير قابل للتجزئة ويكون الوارث الذي يطعن في تقدير هذه التركة نائباً عنها وعن سائر الورثة بوكالة قانونية أساسها وحده التركة وإستقلالها عن اشخاص الورثة وأموالهم الخاصة فإذا كان ذلك وكان الثابت في الدعوى إن النزاع أنصب على عناصر التركة ومقوماتها قبل أيلولتها الى المطعون عليهم فإنه يكون نزاعاً غير قابل للتجزئة ويكون المطعون عليه الأول إذا اثار هذا

النزاع أمام لجنة الطعن نائباً عن الشركة وسائر الورثة "

(نص ١٩٧٤/٥/١٩ ص ٢٥ من ٩٠٧)

ثانياً: الإلتزام بالتضامن

الأصل في الإلتزام أن يكون بسيطاً ومن ثم ينقسم إذا كان متعدد الأطراف وسواء كان التعدد من جانب المدنين أم الدائنين ورجوعاً إلى هذا الأصل ينقسم الإلتزام إلى روابط متعددة فتكون هناك رابطة بين كل دائن وكل من المدنين والعكس تكون هناك رابطة بين كل مدين وبين كل من الدائنين .

والتضامن يوجد المحل ويبق على تعدد الروابط وقد يكون التضامن إيجابى يكون كل من الدائنين دائن للمدين بكل الدين قابل للتجزئة بما يحول كلاً منهم الطالبة به كلة وفي التضامن السلبى يعتبر كل من المدنين المتعدين متضامنين بديناً للدائن بكامل الدين وأن وصف التضامن وإن أدى إلى وحدة المحل فإن المقصود بذلك هو عدم انقسام الإلتزام في مواجهة الطرف الآخر.

ويجدر بنا ان نميز بين الإلتزام التضامنى السلبى وبين الإلتزام التضامنى اذ يتميز الإلتزام التضامنى السلبى بوحدة مصدر الإلتزام أم بجميع الدين فان كان العقد كان هذا العقد هو مصدر الإلتزام وإذا كان نص القانون كتضامن المسئولين عن الفعل الفيسر مشروع عملاً بنص المادة ١٦٩ .

" إذا تعدد المسئولين عن عمل ضار كانوا متضامنين في إلتزامهم بتعويض الضرر . . .

وقيام التضامن بين المدنين يترتب عليه قيام نهاية تبادلية بين كل من المدنين وبين الآخرين فيما ينفع لا فيما يقد .

والتضامن بنوعية لا يفترض اذ لا بد لتقريره من اتفاق او نص قانونى .

وقد قضت محكمة النقض

" لا يفترض التضامن ولا يؤخذ نص بالنظر ولكن ينبغي أن يرد الى نص في القانون أو إلى اتفاق صريح أو ضمنى "

(طعن ١٩٦٨/١١/٢٦ ص ١٩ من ٥٦٥)

الحالات التي يوجب فيها المشرع إختصاص أشخاص معينين دون أن يكون التعدد إجبارياً . وذلك كما هو الحال في دعوى استرداد المنقولات المحجوزة إذ يجب أن ترفع على المدين والحاجزين .

ب - حيث لا يوجد نص يكون التعدد إجبارياً لكل من الدعوى التقديرية والدعوى المنشئة دون دعوى الالتزام وعلى ذلك انه لا يتصور تقرير رابطة واحدة (والدعوى التقديرية) أو تغيير هذه الرابطة إلا في مواجهة جميع اطراف هذه الرابطة ومن أمثلة هذه الدعاوى تقرير المرتفق حق إرتفاق .

الثار التعدد يمكن اجمالها فيما يلي :

- ١ - أن الخصومة تبقى واحدة رغم هذا التعدد .
- ٢ - يكفي نشاط خصم واحد لسير الخصومة فلا تسقط الخصومة إلا إذا انقضت مدة المقوط منذ آخر إجراء صحيح .
- ٣ - أن يطلب المدخل بحق

معنيين وهو التعدد الإجباري :

تعدد الخصوم سواء كمدعين أو كمدعى عند هذه الخصومة قد يكون إختيارياً وقد يكون إجبارياً .

التعدد الإختياري :

يكون للمدعى سلطة هذه خصومة واحدة على أكثر من شخص أو يكون للمدعين هذه خصومة واحدة على شخص واحد أو أكثر .

والتعدد الإجباري

والقاعدة إنه يوجد تعدد إجباري بالنسبة للدعوى الواحدة إذا لم يترك التعدد لإختيار الخصوم ويوجد هذا التعدد الإجباري .

أ - إذا نص القانون على ذلك بأن ينص على إختصاص جميع أطراف الرابطة الموضوعية في الخصومة ومن أمثلة دعوى قسمة المال الشائع إذ يجب أن ترفع على باقي الشركاء وفقاً لنص المادة ٨٣٦ مدني ودعوى الشفعة إذ يجب إختصاص كل من البائع والمشتري وذلك عملاً بنص المادة ٩٤٣ مدني ومن

وذلك ماورد في نص المادة ٢٧٩ مدني التضامن بين الدائنين أو بين المدئيين لا يفترض وإنما يكون بناء على إتفاق أو نص في القانون "

ويجدر بنا أن نذكر أن التضاعم ليس نوعاً من التضامن أي الإلتزام ذو الحمل الواحد والمتعدد المدئين فالتضاعم لا ينشأ من اتفاق أو نص في القانون كما هو الحال بالنسبة للتضامن وإنما يستمد وجوده من طبيعة الإسناد ذاتها ومثل ذلك ما ورد بنص المادة ٧٩٢ .

" إذا كان الكفلاء قد إلتزموا بعقود متتالية فإن كل واحد منهم يكون مسؤولاً عن الدين كله إلا إذا أحتفظ لنفسه بحق التقسيم "

وخالصة القول بالنسبة للتضامن إنه لا يكون الأبناء على اتفاق أو نص في القانون وانه بوحده المحل يجعله غير قابل للإقسام .

ثالثاً : في دعوى يوجب القانون إختصاص اشخاص

خاصة في مواجهة طرفي الخصومة .

٤ - أن يكون طلب التدخل مرتبطاً بالخصومة القائمة أو يحل هذه الخصومة مادة ٢٩ مرافعات .

وبعد أن عرضنا لتلك الحالات التي استثنيت من نسبة الأثر المرتب على الإجراء سواء بالنسبة لمن مباشر أو لمن يوشر ضده .

نعرض لتلك الحالات بالنسبة

أ - لسقوط الخصومة
ب - الطعن

أ - بالنسبة لسقوط الخصومة
كان القضاء في فرنسا وفي مصر ثابت على اعتبار الخصومة فيما يتعلق بسقوطها - وحيدة لا تنجزاً أولاً كان موضوعها قابلاً للتجزئة بحسب طبيعة ذلك وذلك تحقيقاً لأحد الأغراض المقصودة من الخصومة وهو التخلص من القضايا التي يتقادم عليها العهد وهذا الغرض لا يتحقق إذا جاز

إسقاط الخصومة بالنسبة لبعض الخصوم مع بقائها بالنسبة للبعض الآخر . وكان قانون المرافعات السابق يقرر هذه القاعدة في نص المادة ٣/٣ ولم يبق القانون الجديد على تلك القاعدة على تقدير أنه قد يكون لمن لم يتمسك من المدعى عليهم بإسقاط الخصومة مصلحة فيها وكان الأوفق إلغاء القاعدة بشقيها حتى تكون الخصومة قابلة للتجزئة سواء عند تعدد المدعين أو تعدد المدعى عليهم وذلك لذات العلة التي من أجلها ألغيت القاعدة المتقدمة في قانون المرافعات الحالي - وأذن فتعدد المدعى عليهم في ظل القانون الجديد جاز لبعضهم دون البعض الآخر التمسك بإسقاط الخصومة مالم تكن غير قابلة للتجزئة بحسب طبيعتها أو بنص القانون أو كان القانون يوجب اختصاص أشخاص معينين فيها - فإن الحكم بإسقاطها في هذه الأحوال بالنسبة ل أحد المدعى عليهم بناء على طلبه وحده يترتب عليه زوال الخصومة برمتها لأن القانون عندما يوجب اختصاص أشخاص معينين في

خصومة ما لا يتطلب مجرد اختصاصهم إبتداء وإنما هو يستوجب أن يصدر الحكم في الموضوع في مواجهتهم جميعاً أذن يترتب على تمسك أحد المدعى عليهم بإسقاط الخصومة في الدعاوى التي يوجب فيها القانون اختصاص أشخاص معينين سقوطها بالنسبة إلى باقي المدعى عليهم دون تعليق ذلك على موافقتهم .

وذلك على خلاف ما قد يوصى به خرف حكم العبارة من المادة ٣٠٣ من قانون المرافعات السابق التي كانت تنص .

" إذا قدم طلب السقوط أحد الخصوم أستفاد منه الباقي "

وهنا لا يعتد بمصلحتهم في الإبقاء على الخصومة إذا أمكن تصور هذه المصلحة .

وقد قضت محكمة النقض

" الخصومة فيما يتعلق بمسقطها في القانون القديم تعتبر وحيدة لا تنجزاً ولو كان موضوعها قابلاً للتجزئة بطبيعتها - وفي القانون الحالي أصبحت الخصومة قابلة للتجزئة - عدا

الحالة ما إذا كان الموضوع نفسه غير قابل للتجزئة فإن سقوط الخصومة بالنسبة لبعض المدعى عليهم يستتبع سقوطها بالنسبة للباقيين".

(الطعن رقم ١٠٤٤ من ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/١٩ من ٢٩ من ١٩٠٦)

وفى قضاء آخر .

" إذا كان الثابت أن الطاعنة أقامت الدعوى بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لها من مورث المطعون عليهم وأختصمت جميع ورثته ودفع مورث المطعون عليهم من الرابعة حتى التاسعة وكذلك المطعون عليها العاشرة هذه ببطالان عقد البيع لأن البائع كان فاقد الإدراك معدوم الإرادة وقت التصرف وحكم إبتدائياً ببطالان العقد ورفض الدعوى فاستأنف .. الطاعنة هذا الحكم وقضى بإنقطاع سير الخصومة بروفاة المستأنف عليه مورث المطعون عليهم من الرابعة حتى التاسعة وبعد أن استأنفت الدعوى سيرها دفع المطعون عليهم من الرابعة حتى العاشرة بسقوط الخصومة لأن المطعون

عليهم السابع والتاسع والأخيرة أعلن بعد أنقضاء سنة من تاريخ الحكم بتناقطاع سير الخصومة ولعدم إعلان المطعون عليه السادس . ولما كان موضوع الدعوى على هذه الصورة غير قابل للتجزئة لانه يدور حول صحة عقد البيع أو بطلانه ولا يتصور أن يكون هذا التصرف باطلاً بالنسبة لمن دفع بسقوط الخصومة من ورثة البائع لأن الحكم الإبتدائي ببطالان العقد يصبح نهائياً بالنسبة لهم طبقاً لنص المادة ١٢٨ من قانون المرافعات وإن يعتبر ذات التصرف صحيحاً بالنسبة لمن لم يدفع منهم بسقوط الخصومة مع أنهم جميعاً سواء فى المركز القانونى ماداموا قد إختصموا بهذه الصفة ولا يحتمل الفصل فى الطعن على التصرف غير حل واحد لما كان ذلك فإن سقوط الخصومة بالنسبة لبعض المستأنف عليهم يترتب عليه سقوطها بالنسبة للباقيين "

١ نقض ٤٥٢ من ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢ من ٢٨ من ٧٥٦)

وبالنسبة لإنقضاء الخصومة فى حالة عدم التجزئة - قضت

محكمة النقض .

" المقرر وعلى ما جرى به قضاء = النقض ان تركة المدين تشغل مجرده الوفاة بديون والتزامات المتوفى بما يخول لدائنية استيفاء ديونهم منها تحت يد الورثة أو خلفائهم مادام ان الدين قائم - لان التركة منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة وترتيباً على ذلك يكون دفع المطالبة الموجهة التى التركة فى شخص الورثة غير قابل للتجزئة يكفى ان يبيده البعض منهم فيستفيد منه البعض الآخر وإذا قضت محكمة الاستئناف بقبول الدفع بانقضاء الخصومة بمضى المدة بالنسبة لبعض الورثة دون أحدهم - الطاعن - الذى قضى برفض الدفع بالنسبة له وبالزام التركة ممثلة فى شخصه بالدين فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون "

١ الطعن رقم ٤٢٠ من ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٩ من ٣٥ من ٨٤٨)

ب- بالنسبة للمطعن

عملاً بنص المادة ٢١٨ مرافعات إنه فيما عدا الطعون

صحيحاً من الأولين على أن يكون لأولئك الذين قضى بعدم قبول الطعن بالنسبة لهم ان يتدخلوا فيه منضمين إلى زملائهم في طلباتهم بحيث إذا تعدوا عن ذلك وجب على المحكمة أن تأمر الطاعنين باختصاصهم فيه وذلك تغليباً من المشروع لموجبات صحة إجراءات الطعن وإكتمالها على أسباب بطلانها أو قصورها باعتبار إن الغاية من الإجراءات هي وضعها في خدمة الحق وذلك يتمكن الصحيح من الباطل ليصحح لا تسليط الباطل على الصحيح فيبطله فإذا ماتم إختصاص باقي المحكوم عليهم استقام شكل الطعن وإكتملت له موجبات قبوله "

(الطعن رقم ١٠٣٩ س ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/٢/٩ ص ٤٤٣)

وقد قضى محكمة النقض

" مؤدى نص المادة ٢١٨ من قانون المرافعات وعلى ما أستقر عليه قضاء هذه المحكمة إنه إذا كان أحد المحكوم عليهم في موضوع لا يقبل التجزئة قد فوت على نفسه ميعة الطعن

طلبات تزيد على طلبات من طعن في الميعاد - ٢/٢١٨ مرافعات "

(الطعن رقم ١٠٢ س ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٤/٢٣ ص ١١٨٦)

وفي قضاء آخر .

" تنص الفقرة الثانية من المادة ٢١٨ من قانون المرافعات في الشق لأول منها على أنه .

" إذا كان الحكم صادر في موضوع غير قابل للتجزئة جاز لمن فوت ميعة الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم إن طعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منضمّاً إليه في طلباته فإن لم يقبل أمرت المحكمة الطاعنين باختصاصه في الطعن ... "

ومؤدى هذا قيام ذلك الحق للمحكوم عليه حتى ولو كان قد سبق له ان رفع طعناً قضى ببطلانه أو بعدم قبوله مما مفاده إنه إذا كان المحكوم عليهم قد طعنوا في الحكم بطعن واحد رفع صحيحاً من بعضهم وباطلاً من الآخرين فإن ذلك لا يؤثر في شكل الطعن المرفوع

التي ترفع من النيابة العامة لا يفيد من الطعن الامتنع رفعة ولا يحتج به الاعلى من رفع عليه - وقد ورد بالفقرة ١/

" على أنه إذا كان الحكم صادراً في موضوع غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون فيها إختصاص أشخاص معينين جاز لمن فوت ميعة الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منضمّاً إليه في طلباته فإن لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصاصه في الطعن وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم في الميعاد وجب إختصاص الباقيين ولو بعد فواته بالنسبة لهم .

وقد قضت محكمة النقض

" صدور الحكم في موضوع غير قابل للتجزئة الطعن فيه من أحد المحكوم عليهم في الميعاد للآخرين حق الطعن فيه بعد والتدخل منضمين للطاعنين أو بإدخالهم في حقوقه الطاعن ليس لهم إبداء

أو قبل الحكم أو كان قد رفع طعناً قضى ببطلان أو بعدم قبوله فإن ذلك لا يؤثر على شكل الطعن المرفوع صحيحاً من أحد زملائه المحكوم عليهم مئة بل يكون له أن يتدخل في الطعن الصحيح منضماً إلى زميله في طلباته فإذا قد قد ذلك وجب على محكمة الطعن أن تأمر بإختصاصه فيه تغليباً من المشروع لموجبات صحة إجراءات الطعن على أسباب بطلان باعترار أن الغاية من الإجراءات هي وضعها في خدمة الحق ويكون ذلك يمكن الصحيح من الباطل ليصححه لا تسليط الباطل على الصحيح ليبطله .

(الطعن رقم ١٣٠٩ س ق جلسة ١٩٨٢/٢/٢٧ ص ٥٨٨)

وفي قضاء آخر .

" في غير حالات التضامن وعدم التجزئة لا يقبل النعي على الحكم بالنسبة لما قضى به في دفع غير متعلق بالنظام العام لم يتمسك به الطاعن أمام محكمة الموضوع وإنما تمسك به خصم غيره "

(الطعن رقم ١١٨٠ س ٢٩ ق جلسة ١٩٨٢/٢/٢٤)

بالنسبة لبطلان صحيفة الطعن هو بطلان نسبي فقد قضت محكمة النقض

" بطلان إعلان صحيفة الطعن هو بطلان نسبي غير متعلق بالنظام العام ولا يملك التمسك به غير من شرع لمصلحته ولو كان غير قابل للتجزئة "

(طعن رقم ٥٧٩ س ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١/١١ ص ٢٨٨)

بالنسبة للدفع باعترار الإستئناف كان لم يكن لعدم إعلان صحيفة الإستئناف خلال ثلاثة أشهر لا يقبل الا من لم يتم إعلانية خلال الثلاثة شهور ولا يجوز لغيره أن يتمسك به غير أنه إذا تمسك به من لم يعلن إستفاد منه باقي المستأنف عليهم إذا كان موضوع الإستئناف لا يقبل التجزئة .

وقد قضت محكمة النقض

" إعلان الإستئناف إجراء لازم لإنعقاد الخصومة بين طرفيها والحكم الصادر ضد من لم يعلن بالصحيفة حكم باطل "

(طعن رقم ٧٦١ س ٤٠ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩)

وفي قضاء آخر

" إعتبار الإستئناف كأن لم يكن لإعلان صحيفة بعد الميعاد المحدد بالمادتين ٧٠ ، ٢٣٠ مرافعات بإستبعاد هذا الجزء من نص المادة ٢٣٠ مرافعات لا يعنى عدم أعماله " (الطعن رقم ٢٢٧ س ٤٥ جلسة ١٩٨٠/٢/٥)

وفي قضاء آخر

" الدفع بإعتبار الإستئناف كأن لم يكن لعدم إعلان أحد المستأنف عليهم في الميعاد دفع غير متعلق بالنظام العام فلا يجوز لغير من تأخر إعلانية التمسك ولو كان الموضوع غير قابل للتجزئة أو كانت هناك فائدة تعود على هذا الغير من إجابة الدفع - لما كان ذلك وكان الواقع إن المطعون ضده الخامس دفع بإعتبار الإستئناف كأن لم يكن لعدم إعلانية بصحيفة الإستئناف خلال الميعاد القانوني فإنه لا يقبل من الطاعنة النعي على الحكم المطعون فيه لعدم إجابته إلى دفع لصفة لها أصلاً في إبدائه لأن من لا يجوز له إبداء دفع يتعلق بغيره لا يجوز

بالتالى الطعن على الحكم الذى يقضى بهذا الدفع "

(الطعن رقم ٤٨٠٠٠٠٠٠ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٢٩ ص ٣٢٠٠٠٠٠٠)

يترتب على القضاء ببطلان إعلان الطاعة أحد الورثة بالنموذج رقم ٨ تركات الخاص بتقدير عناصر التركة إنفتاح الميعاد وقبول طعنه أمام لجنة الطعن مما يفيد منة باقى الطاعنين أن موضوع الطعن هو نزاع فى عناصر التركة غير قابل للتجزئة .

وقد ذهبت محكمة النقض إلى ما هو أكثر من ذلك ويتناقض فى نفس الوقت مع المبدأ الذى قرره محكمة النقض فى حكمها الآتى :

" مؤدى نص اماده ٧٠ من قانون المرافعات قبل تعديلها بالقانون رقم ١٩٦٩/٧٥ والماده ٢٤٠ منة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة إنه إذا لم يتم تكليف المستأنف عليه بالحضور فى خلال ثلاثة أشهر من تقديم صحيفة الاستئناف إلى قلم الكتاب فإن الاستئناف يعتبر كأن لم يكن بقوة القانون

ويجب عند تعدد المستأنف عليهم ان يتم إعلاتهم بالطعن خلال هذا الميعاد وإنة لا يعنى المستأنف من التزامه بذلك بالنسبة إليهم جميعاً ما تقضى به المادة ٢٦٨ من قانون المرافعات فى فقرتها الثانية من وجوب إختصاص باقى الخصوم ولو بعد فوات الميعاد - الطعن بالنسبة إليهم فى حالة رفع الطعن فى الميعاد على أحد المحكوم لهم فى موضوع غير قابل للتجزئة ذلك إن نص هذه المادة إنما ينصب على ميعاد الطعن فيمده لمن فوته ولا شأن له بإجراءات ومراحل الطعن الأخرى ومنها إجراءات التكليف بالحضور ومن ثم فلا ينطبق حكم المادة المذكورة على الحالة التى يرفع فيها الاستئناف على جميع المحكوم لهم فى الميعاد لما كان ذلك وكان الثابت أن المطعون عليه الأول المتنازل له عن الإيجاب لم يكلف بالحضور تكليفاً صحيحاً خلال الثلاثة أشهر التالية لإيداع صحيفة الاستئناف بقلم ذاته وتمسك بتوقيع الجزاء المقرر قانونياً وهو إعتبار . الاستئناف كأن لم

يكن وكان الواقع فى الدعوى أن الخصومة فى الكتاب تدور حول قيام المستأجر الأصلي المطعون عليه الثانى بالتنازل عن العين المؤجرة للمطعون عليه الأول بغير إذن كتابى صريح من المالك - الطاعن - مما يفوله الحق فى طلب إخلاتها من العين عملاً بنص المادة ٢٣ من القانون رقم ١٩٦٩/٥٢ وكان الموضوع على هذا النحو غير قابل للتجزئة فأن الأثر القانونى المطلوب ترتبه فى حق المطعون عليهما يقيم على تصرف معقود بينهما إذا ثبت وجوده وجب أعمال الأثر بالنسبة إليهما معاً وإلا تخلف بالنسبة لكليهما وبالتالى فإن أعتبر الاستئناف كأن لم يكن بالنسبة لإحدهما يجعله كذلك بالنسبة للآخر لما كان ما تقدم وكان لا تأثير على ذلك والأمر كذلك لما إذا كان الخصم الذى يتم إعلانية فى الميعاد هو المستأجر الأصلي والمتنازل له ولا إمكانية رفع دعوى الإخلاء قبل المستأجر الأصلي وحده مع إعتبار الحكم الصار فيها حجة على المتنازل له ولذلك طالما أختصم المذكور

والتضامن والتعدد الإجبارى
وهى الحالات التى لا يحتمل
الفصل فيها الاحلا واحداً مهما
تعدد الخصوم - ولذا فضلنا ان
يكون عنوان هذا البحث تجزئة
كما قررها المكتب الفنى .

وأخيراً أرجو من السيد
الزميل قبول هذا الموضوع رغم
ما يكتنفه من جمود فأرجو أن
أكون قد المتمة بالقدر الكاف
لإزالة هذا الجمود

وإلى لقاء آخر أيها الزميل
الفاضل سواء كنت بالقضاء
الجالس أو الواقف ،،

قابل للتجزئة بالنسبة لبعض
الطاعين يستتبع نقضة بالنسبة
للباقين "

(الطعن رقم ٦٠٤، ٢٩٠، ق جلسة
١٩٧٥/٢/١٣ ص ٢٩٠، ٥٩٠)

- إذا كان الحكم المطعون
فيه قد صدر فى موضوع غير
قابل للتجزئة وهو بطلان
إجراءات البيع الجبرى فإن نقضة
بالنسبة للطاعن يستتبع نقضة
بالنسبة لباقى الخصوم دون
حاجة لبحث الأسباب التى بنى
عليها الطعن . "

(الطعن رقم ٣١٨، ٥٥٠، ٤٨٠، جلسة
١٩٨٠/١/١٠ ص ١٤٣، ١٢٥)

وبذلك يكون قد تعرضنا
لعدم قابلية الخصومة للتجزئة

فيها وأصبح خصماً يجب إتخاذ
إجراءات الخصومة قبله وفقاً
للأوضاع القانونية فإن الحكم
المطعون فيه إذا ألتزم هذا النظر
وقضى بإعتبار الإستئناف كأن
لم يكن بالنسبة للمطعون عليها
يكون قد أصاب صحيح
القانون "

(تلص ١٩٧٨/٦/٢١ طعن ٦٧٨
ص ٦٤٤)

(مشار إليه - الطعن
بالإستئناف والتماس إعادة
النظر للمستشار أنور طلبه
ص ٢٣١)

للقض :

" نقض الحكم فى موضوع

لا خير فى قوم ليسوا بناصحين ، ولا خير فى قوم
لا يحبرون الناصحين .

أمير المؤمنين عمر بن الخطاب

الإعلانات القضائية

المادة ١٧٤ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣

بمقتد مسجل ملخصه رقم ٧٠١ لسنة ١٩٩٠ شركات الجيزة
تكونت شركة تضامن بين طلعت ورضا ورجاء على محمد
وراجى صبحى عبد الجواد بأسم شركة طلعت على محمد وشركاه
بفرض بيع اللحوم البلدية بالقطاعى ومركزها الشارع التجارى
بوراق الحضر بإمبابه برأسمال ١٠٠٠ ألف جنيها لمدة ٥ سنوات
تبدأ من ١٩٩٠/١١/١ والإدارة والتوقيع للأول .

فهرس العدد

الموضوع

تقديم

١ للسيد الأستاذ عصمت الهوارى - سكرتير التحرير - وكيل نقابة المحامين
اولاً: من قضاء المحاكم :

٤ مبادئ النقض فى المواد المدنية
ثانياً: الأبحاث :

دور النيابة العامة فى كفالة حقوق المجنى عليه فى مصر :

٣٠ للسيد الأستاذ / البشرى الشوربجى المحامى العام
ابعاد جديدة لنظام شبه الحرية :

٤٦ للسيد الدكتور / محمد أبو الفتح الغنام
حرية التنقل ومدى شرعية (أو إضر المنع من السفر الصادرة من قاضى الأمور الوقفية :

٥٩ للسيد الدكتور / حسن السيد بسيونى المستشار بمحكمة النقض
جرائم التفتت والتقاط الصور م ٣٠٩ مكرر (١) عقوبات :

٦٩ للسيد الأستاذ / أحمد جمعه شحاته المحامى بالنقض
جرائم الامتناع الماسة بنظام الأسرة :

٨٥ للسيد الأستاذ / عيد الفتاح مراد رئيس محكمة الأسكندرية
القانون الواجب التطبيق على عقد ضمان الاستثمار :

٩٦ للسيد الدكتور / هشام خالد المحامى
المخاطر الإدارية :

١٢٦ للسيد الأستاذ / عبد العاطى عيد المقصود بدر المحامى
حبس المدين المماطل :

١٤٦ للسيد المستشار / حسين عبد الله
نظرية القرار المضاد :

١٥٢ للسيد الأستاذ / نعيم كامل بباوى المحامى
تجزئة :

١٦٧ للسيد الأستاذ / عيد المنعم عبد الباقي النفيلى المحامى

دار وهذان للطباعة

٦ ميدان بركة الرطلى - القاهرة

ت ٩٠٥٠٣٦ - ٩٢٣٣٤٤

مقالات

في

كلمات

لا يكون الصديق صديقاً ، حتى يحفظ أخاه في ثلاث : في نكته ،
وغيبته ، ووفاته .

الإمام علي بن أبي طالب

العلم خير من المال ، العلم يحرسك وأنت تحرس المال ، والعلم حاكم والمال محكوم
عليه ، والمال ينقص بإنفاقه ، والعلم يزيد بآلتفاق .

الإمام علي بن أبي طالب

لا تتعجب ممن هلك كيف هلك ؟ .. ولكني أعجب ممن نجا كيف نجا .

يحيى بن أبي كثير

ما ندمت على شيء ندمي على يوم غرت شمسهُ نقص فيه أُملي ، ولم يزد على

عبد الله بن مسعود

صاحب ذوى الفضل وأهل الدين ، فالمرء منسوب إلى القرن .

أبو العتاهية

لا يؤخذ العلم من أربعة ، ويؤخذ من سوى ذلك ، لا يؤخذ من سفيه ، ولا من
صاحب هوى ، ولا من شيخ له فضل صلاح وعبادة إذا كان لا يعرف ما يحدث به .

أنس بن مالك

كل شيء يحتاج إلى العقل ، والعقل يحتاج إلى التجارب .

عبد الله بن مروان

متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً .

عمرو بن العاص

قالوا عن المحاماة

إن المحاماة هي مهنة الحرية والكرامة
والكفاح في مختلف مناحي الحياة وفي
كل زمان ومكان .

شيخ القضاة الأستاذ الجليل
مصطفى مرقى الحامى

دار وهداى للطباعة

ت : ٩٠٥٠٣٦ - ٩٢٣٣٤٤

المحاماة

تصدرها
لجنة
المحاميين
بجمهورية
مصر
العربية

العددان الثالث والرابع - مارس وإبريل ١٩٩١ - السنة الحادية والسبعون

بسم الله الرحمن الرحيم
إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي
الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ
تَذَكَّرُونَ ﴿٥٨﴾
صدق الله العظيم

جرائم الإعتداء على الحق في
السبحة والشرف والاعتبار

السيد الأستاذ / أحمد جمعه شحاته المحامي بالنقض

العوائق الشكلية لحق التقاضي
في خصوصية النقص الجنائي

السيد المستشار / البشري الشوربجي
المستشار بمحكمة النقض

جرائم الإمتناع عن الحكم
في دعاوى

السيد المستشار / عبد الفتاح مراد
رئيس محكمة الأسكندرية

الصادق بين الفقه والقانون

السيد الأستاذ / خالد شهاب المحامي

علاقة الموظف بالإدارة

السيد الدكتور / حسني درويش عبد الحميد
المستشار المساعد بمجلس الدولة

الخطورة الإجرامية

السيد الأستاذ / يحيى صديق المحامي

عيوب الحجز الإداري

السيد الأستاذ / هاجر الرمياح المحامي

كلمات من سور

قال صلى الله عليه وسلم :

من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليصمت .

وقال صلى الله عليه وسلم :

المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده .

وقال صلى الله عليه وسلم :

إن العبد ليتكلم بالكلمة ما يتبين فيها يزل بها إلى النار أبعد مما بين المشرق والمغرب .

وقال صلى الله عليه وسلم :

إن العبد ليتكلم بالكلمة من رضوان الله تعالى ما يلقى لها بالاً يرفعه الله بها درجات ، وإن العبد ليتكلم من سخط الله تعالى لا يلقى لها بالاً يهوى بها فأى جهنم .

وقال صلى الله عليه وسلم :

لا تكثروا الكلام بغير ذكر الله ، فإن الكلام بغير ذكر الله تعالى قسوة للقلب ، وإن أبعد الناس من الله القلب القاسى .

وقال صلى الله عليه وسلم :

أمسك عليك لسانك ، ولبسك بيتك ، وأنتك على خطيئتك .

وقال صلى الله عليه وسلم :

إذا أصبح ابن آدم فإن الأعضاء كلها تكفر اللسان تقول : أتق الله فينا ، فأبما نحن بك ، فإن أستمتمت استقمنا ، وأن أعرججت أعرججتنا .

صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم

قانون الطوارئ

عار على

جيبين مصر

مضى على الإنسان المصرى حين من الدهر متجرعاً
وبلات قانون الطوارئ البغيض .. مكتوباً بناره وعاره ..
فإذ بالحرية قد غابت .. وإذ بالديمقراطية قد ضاعت ..
وإذ بحقوق الإنسان المصرى قد إنتهكت .. وقامت
مراكز القهر والإستبداد فأحالت جسد الإنسان المصرى إلى معتقل يحاصره خوف
ويطارده فرح .. وسادت شريعة الطوارئ تكفل للمستبد عصمة .. وتقرر للظالم
حصانة .. وتهب الفاسدين مناعة .. وتحمى القراصنة والطفاة من سلطان
القانون .. !!

إن الذى لا ريب فيه هو أن السلطة التنفيذية هى سلطة خاضعة للقانون ..
فإن خضعت له فقد أكدت سيادته ، وإن أخضعته لأهوائها فقد شوهت
صورته .. وعلى تلك السلطة أن تدرك أن قانون الطوارئ لا يستمر من ورائه
إلا الضعفاء .. وأجدر بتلك السلطة أن تستمد وجودها من عدالة ترسيها ..
ومن حرية الإنسان فتدعمها وتثريها .. فقد علمنا التاريخ أن القانون والظلم
لا يجتمعان .. فالقانون إرادة مجتمع تسود وتحكم .. وليست إرادة حاكم
يبطش ويحكم .. ومن ثم فإن تقنين الظلم قيد لابد أن يتحطم .. وما من ريب
أن قانون الطوارئ يشكل ظلماً لابد أن يزول .. !!

والذى لا ريب فيه كذلك أن السلطة التشريعية ، وهى قمارس سلطاتها -
ليست فرداً يباشر حقوقاً خاصة ، وليست رجل إدارة يمارس سلطة إدارية ، وإنما
هى إرادة شعب تجتمع فى إرادة ممثليه من خلال إنتخاب حر نزيه ، وأصبح
أعضاؤها وكلاء عن الشعب فيلتزمون بما يلتزم به الوكيل ، فإن تجاوز
الأخير حدود وكالته كان حقاً للموكل أن يعزله ...

إن قانون الطوارئ عار على جيبين مصر ، ولنحرص جميعاً على أن نورث
أبناءنا وأحفادنا مصر الحرية ، ومصر النقاء ، ومصر العطاء ، فقد أفلح من
زكاها ، وخاب من دساها وأرداها .. !!

عصمت الهوارى

المحامى

وكيل النقابة وسكرتير التحرير

المحامون والحرية ...

الحرية أولى قضايانا . واهم اهدافنا ، ودليل نضالنا
السياسي . بغيرها لا نستطيع ان نحقق كسبا . وبدونها
لا تقوم المحاماة .

الاستاذ الجليل النقيب
أحمد الخواجه



من قضاء المحاكم



مبادئ النقص في المواد المدنية

(١)

جلسة ١٩٨٩/١/٥

(١) مسئولية "المسئولية التقصيرية :
المسئولية الشئبية"

مسئولية حارس الأشياء . م ١٧٨ مدنى .
مناطها .

(٢) مسئولية . مرافق عامة .

مسئولية وحدات الحكم المحلى . من حراسة
شيكات الإتاوة العامة فى المدن والقرى . أساسها .

(٣) دعوى " سبب الدعوى " تعويض .
مسئولية . محكمة الموضوع .

محكمة الموضوع . إلتزامها بتحديد الأساس
القانونى الصحيح للمسئولية فى دعوى
التعويض . عدم تقيدها بإسائيد المضرور . لا يعد
ذلك تغييراً للسبب فيها . دلة ذلك .

١- الحراسة الموجبة للمسئولية طبقاً لنص
المادة ١٧٨ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به
قضاء هذه المحكمة - إنما تتحقق بسيطرة الشخص
الطبيعى أو المعنوى على الشئ . سيطرة فعلية فى
الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه .

٢- مؤدى نص المادة الثانية من القانون رقم
٤٣ لسنة ١٩٧٩ - الذى يحكم واقعة الدعوى -
بعد تعديلها بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨١ والمادة
التاسعة عشر من اللائحة التنفيذية لهذا القانون
أنه أصبح يصور القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٩
منوطاً بوحدة الحكم المحلى . تولى أعمال إنشاء
وصيانة شبكات الإتاوة العامة فى مختلف المدن
والقرى فتكون هذه الوحدات فى مدلول حكم المادة
١٧٨ من القانون المدنى حارسة على هذه
الشبكات باعتبارها الجهة ذات الهيمنة والسيطرة
الفعلية عليها بما أسند إليها قانوناً مهام إنشائها
وإستعمالها وصيانتها والرقابة على ما يتصل
بإستهلاك طاقة الكهرباء . ولا يسوغ إنصراف
الحراسة إلى الشركة الطاعنة والتى يبين من
إستقراء القرار رقم ٢٢١ لسنة ١٩٧٨ الصادر من
رئيس مجلس الوزراء بتأسيسها أن الغرض من
إنشائها هو توزيع وبيع الطاقة الكهربائية
للمستهلكين بمحافظات مصر الوسطى فلا يعتبر
قيامها بهذا العمل من شأنه أن يخرج شبكات
الإتاوة العامة من السلطة الفعلية لوحدة الحكم
المحلى وفقاً لما إستهدفه القانون رقم ٤٣ لسنة
١٩٧٩ - ولاحتته التنفيذية .

(٣) محكمة الموضوع ، عدم التزامها بإجابة طلب تعيين خبير آخر متى وجدت في تقرير الخبير السابق نديه وفي أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل فيها .

١- لما كان حضور النيابة عند النطق بالحكم غير لازم عملاً بنص المادة ٢/٩١ من قانون المرافعات وكان الشايت من محاضر جلسات محكمة الإستئناف بأن النيابة قد مثلت أثناء نظر الإستئناف " فإن نعى النيابة على الحكم المطعون خلو دياجته جلسة النطق به مما يفيد تثمين النيابة يكون في غير محله .

٢- المقرر في قضاء هذه المحكمة إنه بحسب الحكم المطعون فيه أن يؤدي قرار لجنة الطعن الودع ملف الدعوى ويجيل إلى أسباب ليكون ما يحويه هذا القرار من وقائع وأسباب ورد على دفاع الطاعنين جزءاً متصلاً له ولا يعبه إنه لم يدون تلك الأسباب وبرصداها كلها أو بعضها ، مادامت قد أصبحت بهذه الإحالة ملحقه به .

٣ - المحكمة غير ملزمة بإجابة طلب تعيين خبيراً متى كانت قد وجدت في تقرير الخبير السابق نديه وفي أوراق الدعوى وعناصرها الأخرى ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل فيها .

(الطعن رقم : ٢٢١ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٩/١/٩)

(٣)

جلسة ١٩٨٩/١/٩

مسئولية " مسئولية الناقل الجوي ، معاهدات نقل ، نقل جوى " .

دعوى المسؤولية قبل الناقل الجوي عن

٣ - المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة إنه يتعين على محكمة الموضوع في كل حال أن تنقضى من تلقاء نفسها الحكم القانوني الصحيح المنطبق على العلاقة بين طرفي دعوى التعويض ، وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها ، بإعتبار أن كل ما تولد به للمضروب من حق في التعويض عما أصابه من ضرر قبل من أضر به أو تسبب فيه إنما هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض ، مهما كانت المسئولية التي إستند إليها المضروب في تأييد طلبه ، أو النص القانوني الذي - أعتمد عليه في ذلك ، لأن الإستناد يعتبر من وسائل الدفاع في دعوى التعويض التي يتعين على محكمة الموضوع أن تأخذ منها ما يتفق وطبيعة النزاع المطروح عليها وأن تنزل حكمه على واقعة الدعوى ولا يعد ذلك تغييراً لسبب الدعوى أو موضوعها .

(الطعن رقم ٤٩٢ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/١/٥)

(٢)

جلسة ١٩٨٩/١/٩

(١) حكم " تثمين النيابة " . ضرائب . دعوى

حضور النيابة عند النطق بالحكم ، غير لازم .

م ٢/٩١ مرافعات . ج

(٣.٢) حكم " تسبب الحكم " . محكمة

الموضوع . خبرة .

(٢) قرار لجنة الطعن الضريبي ، تأييده

والإحالة إلى أسبابه وإعتباره جزءاً متصلاً للحكم .

لا عيب .

لما كانت الفقرة الأولى من كل من المادة الثالثة من القانون ٥٢ لسنة ١٩٧٥ والمادة الرابعة من القانون ٤٣ لسنة ١٩٧١ قد نصت على أن " يعمل بأحكام قرار وزير الإدارة المحلية رقم ٢٣١ لسنة ١٩٧١ والقرارات المكملة له بشأن الموارد المالية والرسوم المحلية وذلك حتى يتحدد هذه الموارد والرسوم طبقاً للأحكام الواردة في القانون المرافق ، وكانت الرسوم على الأسواق المرخص في إدارتها للأفراد - موضوع النزاع المطروح - لم يتحدد طبقاً لأحكام أى من هذين القانونين لأن قرار وزير الإدارة المحلية المشار إليه - والذي يفرض تلك الرسوم بواقع ٣٥ مليماً عن كل متر مربع من مساحة السوق - يكون هو الواجب التطبيق ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى في قضائه على عدم أحقية جهة الإدارة في مطالبة المطعون ضده بالرسوم موضوع الدعوى تأسيساً على أن الأوراق خلت ما يدل على إتيان الإجراءات التي يستلزمها القانون لتحديد تلك الرسوم ، فإنه يكون قد خالف القانون .

(الطن رقم ٢٩٥ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٠)

(٥)

جلسة ١٩٨٩/١/١٥

(١) حكم "تسبيب الحكم" محكمة الموضوع "سلطتها في تقدير الدليل" تعويض سلطة محكمة الموضوع في فهم الواقع في الدعوى واستخلاص ما تظمن إليه متى كان إستخلاصها سائفاً لها تقدير أقوال الشهود - وإن تعتمد في إستجلاء الحقيقة على أى قرينة تطرح أمامها - متى ولو كان تحقيق للشرطة . مثال غرق الطفل في حمام سباحة .

تعويض التلف في الأمثلة والبضائع : شرط قبولها ، توجيه المرسل إليه إلى الناقل الإحتجاج المنصوص عليه في المادة ٢٦ من إتفاقية فارسوفيا المعدلة بالمادة ١٥ من بروتوكول لاهاي في المواعيد المقررة . تخلف ذلك . أثره عدم قبول الدعوى إلا في حالة التدليس من جانب الناقل .

مفاد ما نصت عليه المادة ٢٦ من إتفاقية فارسوفيا الدولية للطيران المعدلة بالمادة ١٥ من بروتوكول لاهاي في ١٩٥٥/٩/٢٨ ، والتي وافقت مصر عليها بالقانونين رقمي ٥٩٣ ، ٦٤٤ لسنة ١٩٥٥ ، إنه في حالة إكتشاف تلف في البضاعة يجب على المرسل إليه أن يوجه إلى الناقل بمجرد ذلك إحتجاجاً في شكل محقق على سند الشحن أو في صورة محرر آخر خلال سبعة أيام على الأكثر إذا تعلق الأمر بالأمثلة وأربعة عشر يوماً إذا تعلق الأمر بالبضائع وذلك من تاريخ إستلامها ، فإذا لم يوجه الإحتجاج في المدة المذكورة ، كانت دعواه ضد الناقل غير مقبولة إلا في حالة التدليس من جانب الأخير .

(الطن رقم ٣٠٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١/٩)

(٤)

جلسة ١٩٨٩/١/١٠

رسوم "الرسوم على الأسواق"

عدم تحديد الموارد المالية والرسوم المحلية طبقاً لأحكام القانونين ٥٢ لسنة ١٩٧٥ ، ٤٢ لسنة ١٩٤٣ ، مؤداه وجوب تطبيق قرار وزير الإدارة المحلية رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٧١ بشأنها . م ١/٣ ، ١/٤ من القانونين المذكورين . (مثال بشأن الرسوم على الأسواق) .

١- المقرر في قضاء هذه المحكمة إن لمحة الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى واستخلاص ما تطمئن إليه متى كان إستخلاصها سائفاً من أصل ثابت في الأوراق ولها سلطة تقدير أقوال الشهود وكل دليل يلوح أمامها ، وأن تعتمد في إستجلاء الحقيقة على أى قرينة تطرح أمامها . حتى لو إستخلصتها من تحقيق أجرته الشرطة ، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع في حدود سلطتها في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها وما إطمأنت إليه من المستندات المقدمة إليها - خلصت إلى أن ابن المطعون عليهما غرق في حمام سباحة مملوك للشركة الطاعنة ، وإستدلت على ذلك بما أثبتته المحقق في مقدمة محضر اللجنة ... من أن مصنع الشركة هو الذي أبلغ بفرق الطفل بحمام السباحة الموجود بالنادي الخاص بالشركة داخل المدينة السكنية وأنه لم يثبت وجود حمامات أخرى أو مجارى داخل المدينة السكنية للشركة حتى يمكن التشكيك في حدوث الفرق بحمامها وكان هذا الإستخلاص سائفاً وله أصله الثابت في الأوراق ومن شأنه أن يؤدي إلى ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من أن الحادث وقع في حمام السباحة المملوك للطاعنة .

٢- لما كانت محكمة الموضوع غير ملزمة أن تورد بالحكم كل الحجج التي يدلى بها الخصوم وتفاصيل دفاعهم وترد عليها إستقلالاً مادام في قيام الحقيقة التي إقتنعت بها وأوردت دليلاً في تضمن الرد المسقط لكل حجة تخالفها فإن ما تشير الطاعنة في هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلاً في تقدير محكمة الموضوع للأدلة وهو ما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض .

٢) حكم " تسبيب الحكم " - محكمة الموضوع " سلطتها في تقدير الدليل " - نقض .

عدم إلتزام محكمة الموضوع بإيراد كل حجج الخصوم وتفاصيل دفاعهم والرد عليها إستقلالاً ما دام في قيام الحقيقة التي إقتنعت بها الرد المسقط لكل حجة تخالفها . الجدل الموضوعي في تقدير الأدلة عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض .

٣) مسئولية " مسئولية تقصيرية " - المسئولية الشئبة " . تعويض الشئ في حكم المادة ١٧٨ مدني ماهية ما تقضى حراسته عناية خاصة إذا كان خطراً بطبيعته أو كان خطراً بطورفه وملابساته بأن أصبح في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر . مثال . حمام السباحة من الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة بالنظر إلى ظروف الحادث .

٤) محكمة الموضوع " تقدير الدليل : في مسائل الواقع : في المسئولية " . تعويض ، مسئولية " في المسئولية التقصيرية في ركن الخطأ إثبات مساهمة المضرور أو الغير في الفعل الضار وكون الضرر من فعل أيهما وحدة سلطة القاضي الموضوع دون رقابة لمحكمة النقض مادام إستخلاصه سائفاً .

٥) محكمة الموضوع سلطاتها . تقدير الدليل في المسئولية " تعريض . تقدير مبلغ التعويض الجابر للضرر إستقلالاً محكمة الموضوع به - ما دام لا يوجد نص يلزم بإتباع معايير معينة في خصومة .

يكون جديلاً موضوعياً مما لا تجوز إثارتة أمام محكمة النقض .

(٥) متى بينت محكمة الموضوع في حكمها عناصر الضرر الموجب للتعويض فإن تقدير مبلغ التعويض الجابر لهذا الضرر هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مما يستغل به ما دام لا يوجد في القانون نص يلزم بإتباع معايير معينة في خصوصية .

(الطعن رقم ١٧٨١ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٥) .

(٦)

جلسة ١٩٨٩/١/١٥

(١) مسئولية " المسائلة " عن استعمال حق التقاضي والدفاع " حق الإنتاج " للقضاء عدم جواز الإنحراف به ابتغاء مضاره الغير مخالفة ذلك ، إساءة لإستعمال الحق تستوجب التعويض .

(٢) محكمة الموضوع " تقدير الدليل " .
" مسئولية " المسئولية التقصيرية : ركن الخطأ .
إستخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر . سلطة تقديرية لمحكمة الموضوع - ما دام هذا الإستخلاص سائفاً .

(٣) مسئولية " المسائلة " عن استعمال حق التقاضي والدفاع " تعويض .

تحديد المشرع إجراءات خاصة للقضاء للتقرير بعدم صلاحيتهم وردهم وتحتيهم المواد ١٤٦ - ١٦٥ مرافعات . عدم خروج ذلك عن القاعدة العامة لمسائلة المنحرف عن استعمال حق التقاضي . حق القاضي الذي تقرر رده أن يلجأ للقضاء للحكم

(٣) الشيء في حكم المادة ١٧٨ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو ما تقضى حراسته عناية خاصة إذا كان خطراً بطبيعته أو كان خطراً بطرقه وملاساته بأن يصح في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر ، وكان الحكم المطعون فيه قد إستخلص أن حمام السباحة الذي وقع فيه الحادث هو من الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة بالنظر إلى ظروف الحادث وملاساته إستناداً إلى ما قرره " أن عرضه ٢٥ م وعمقه من ٥-٦ م وأنه كان محتلاً في يوم وقوع الحادث ، وثابت من أقوال .. مسئول أنشطاد الرياض بأندية الشركة إن الحمام يقع في وسط النادي ولا يمكن منع الإقتراب لرواد النادي ... ومثل هذا الحمام يعتبر شيئاً خطراً في مثل هذه الظروف طالما إنه غير محاط بسور يمنع الدخول إليه إلا بإذن مالكه أو تعين عليه حراسة تقع ذلك وهو الأمر الذي إنفنى ساعة وقوع الحادث .. وإن الثابت من أقوال المسترلين المذكورين .. أن الحمام بعد الساعة ٢ لا يكون به مسئول عن الإقتفاء .

(٤) لما كان إثبات مساهمة المضرور أو الغير في الفعل الضار وإن الضرر من فعل أيهما وحده من مسائل الواقع التي يقدرها قاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض ما دام إستخلاصه سائفاً . وكان الحكم المطعون فيه قد أستخلص من الأوراق أن صغر السن لم يكن هو الذي أدى إلى الحادث وأن عدم وجود الحارس على الحمام هو الخطأ المباشر الذي أدى إلى الوفاة وكان هذا الذي إستخلصه الحكم سائفاً ويكتفى لحمل قضائه فإن النعي بهذا السبب لا يعدو أن

إليه حين نص في المادة ١٦٥ من ذات القانون على أنه " إذا رفع القاضى دعوى تعويض على طالب الرد أو قدم ضده بلاغاً لجهة الاختصاص زالت صلاحيته للحكم فى الدعوى وتعين عليه أن يتنحى عن نظرها " مؤكداً بذلك حق القاضى الذى تقرر برده فى أن يلجأ إلى القضاء للحكم له على طالب الرد بالتعويض " لما كان ذلك وكان البين من الحكم المستأنف المؤيد لأسبابه من الحكم المطعون فيه إنه أقام قضاءه بالزام الطاعنة بالتعويض المحكوم به على قوله أن " الثابت للمحكمة من مطالعة سائر أوراق الدعوى وعلى الأخص الحكم الصادر فى طلب الرد الرقيم والقاضى برفض طلب الرد المقدم من المدعى عليها - الطاعنة - فى الدعوى المطروحة إنه تضمن فى حشياته أن الأسباب التى بنت عليها الطالبة الرد طلبها ليست من الأسباب الواردة بنص المادة ١٤٨ مرافعات . وتقيداً بقوة الأمر المضى للحكم المذكور وأخذاً بما ثبت للمحكمة من باقى أوراق الدعوى فإنه يكون من الثابت لدى المحكمة أن المدعى عليها وهى تباشر حقها فى طلب رد المدعى قد إنخرقت عن السلوك المألوف للشخص العادى وإنخرقت بهذا الحق غما وضع له واستعملته استعمالاً كيدياً إبتغاء مضارة المدعى الأمر الذى يتوافر به الخطأ التقصى فى حقها وتساءل معه عما أصاب المدعى من أضرار مترتبة على هذا الخطأ .. وأى ضرر أقسى وأمر على نفس القاضى أن يجعل المدعى عليها نزاعته وحتمية محل الشك من الخصوم وسمعته ومضغه فى الأفواه ... " وكان ما أستند إليه هذا الحكم فى إثبات الخطأ فى جانب الطاعنة وعلاقة السببية بينه وبين الضرر الذى

له على طالب الرد بالتعويض . مثال بشأن الإنحراف فى استعمال حق التقاضى إبتغاء مضاره المدعى يتوافر به الخطأ التقصى .

٤) حكم " تسييب الحكم " . محكمة الموضوع " سلطتها فى تقدير الدليل " إنبات " الإحالة إلى التحقيق عدم إلزام المحكمة بتعقب كل حجة للخصوم متى أقامت الحقيقة التى إستخلصتها على ما يفهما . قيام هذه الحقيقة فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفها . إغفالها طلب الإحالة إلى تحقيق . جائز متى رأت من ظروف الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها .

١- المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن حق الإلتجاء إلى القضاء وإن كان من الحقوق العامة التى تثبت للكافة إلا إنه لا يسوغ لن يباشر هذا الحق الإنحراف به عما شرع له واستعمله استعمالاً كيدياً إبتغاء مضارة الغير وإلا حقت مباحته عن تعويض الأضرار التى لحق الغير بسبب إساءة استعمال هذا الحق .

٢- إستخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر هو مما يدخل فى حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ما دام هذا الإستخلاص سائفاً ومستمداً من عناصر تؤدى إليه من وقائع الدعوى .

٣- إذ كان المشرع قد خص القضاء بإجراءات حددها التقرير بعدم صلاحيتهم وردهم وتنحيهم ضمنها المواد ١٤٦ - ١٦٥ من قانون المرافعات ، فإنه لم يخرج بذلك عن القاعدة العامة التى إستنتها لمساءلة من انخرق عن استعمال حق التقاضى على النحو السالف بيانه وهو ما أشار

خاص إختلافه عن الميعاد المنصوص عليه في
م ٦٦ مرافعات . مثال .

(٣) إثبات " اليمين الحاسمة " . إستئناف .
حكم " الأحكام غير الجائز الطعن فيها بأي طريق
من طرق الطعن منوطه أن يكون توجيهها أو حلفها
أو التكرار عنها مطابقاً للقانون . مثال .

١- للخصم توجيه اليمين الحاسمة لخصمه في
أية مرحلة تكون عليها الدعوى دون أن يعد ذلك
تعبساً في توجيهها .

٢- لما كان المشرع قد نص في المادة الخامسة
من قانون الإثبات على " الأحكام الصادرة
بإجراءات الإثبات لا يلزم تسببها مالم تتضمن
قضاء قطعياً . ويجب إعلان منطوق هذه الأحكام
إلى من لم يحضر جلسة النطق به ، وكذلك يجب
إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ إجراء
الإثبات وإلا كان العمل باطلاً . ويكون الإعلان
بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد يومين " : فإن
مؤدى ذلك أن ميعاد الحضور الذى تضمنه هذا
النص الخاص هو الميعاد الواجب مراعاته في
خصوص إعلان التاريخ المعين لإجراء الإثبات دون
الميعاد ، والآخر المنصوص عليه في المادة ٦٦ من
قانون المرافعات الواردة ضمن الباب الثانى من
الكتاب الأول المتعلق برفع الدعوى وقيدتها ، لما
كان ذلك البين من الأوراق أن المحكمة حددت
لخلف اليمين الحاسمة جلسة ١٩٨٥/٥/٦ وتم
إعلان الطاعن بصيغة اليمين وتاريخ الجلسة
المحددة لحلفها وتم ذلك الإعلان بتاريخ
١٩٨٥/٥/٢ مع مأمور القسم لخلق مسكنه وقت
الإعلان وأرسل له المحضر خطاباً مسجلاً في نفس

أصاب المطعون عليه سائناً كافياً لحمل قضائه في
هذا الخصوص ويؤدى إلى ما إنتهى إليه من
مسائلة الطاعنة عما أصاب المطعون عليه من
جراً هذا الخطأ .

٤- إذ أقامت المحكمة الحقيقة التى
إستخلصتها على ما يقيمها فإنها لا تكون بعد
ملزمة بمناقشة الوقائع التى نسبتها الطاعنة للمطعون
عليه أو أن تتعقب كل حجة وترد عليها .
إستقلالاً لأن قيام هذه الحقيقة فيه الرد الضمنى
المسقط لكل حجة تخالفها . ولا على المحكمة إذ
إلتفتت عن طلب الإحالة إلى التحقيق لعدم لزومه
بعد أن رأت عن ظروف الدعوى ما يكفى لتكوين
عقيدتها ويكون النعى بزمته مقاماً على غير
أساس .

(الطعن رقم ١٨٣ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٥)

(٧)

جلسة ١٩٨٩/١/١٥

(١) إثبات " اليمين "

توجيه اليمين الحاسمة . حق للخصم فى أية
مرحلة تكون عليها الدعوى .

(٢) إثبات حكم " تسبب الحكم "

الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات . عدم
إلزام المحكمة بتسببها ما لم تتضمن قضاء
قطعياً . وجوب إعلان منطوق هذه الأحكام والجلسة
المحددة للإجراء بميعاد يومين لمن لم يحضر من
الخصوم جلسة النطق بها م ٥٠ إثبات تخلف ذلك .

أثره بطلان العمل . الميعاد المشار إليه ميعاد

(٢) طلب الرد . الأصل تقديمه قبل أن دفع أو دفاع والإسقاط الحق فيه . م ١/١٥١
مرافعات " الإستثناء . أن تكون الأسباب التي قام عليها طلبه قد حدثت بعد إبداء طالب الرد لدفاعه أو حدثت قبله وإستطاع أن يثبت إنه لم يعلم بها إلا عند تقديم الطلب . م ١/١٥٢
مرافعات . محكمة الموضوع سلطتها في تقدير توافر هذه الأسباب . شرطه .

(٣) إهابة المحكمة بالمشروع إلى معالجة نصوص مراد القانون المتصلة برد القضاة . لا يعد إفصاحاً عن عقيدة المحكمة . شرط ذلك .

(١) أوجبت المادة ١٧٨ من قانون المرافعات أن يتضمن الحكم بيانات معينة من بينها " عرض مجمل لواقع الدعوى ثم طلبات الخصوم وخصمه موجزه ودفاعهم الجوهري " إذ إنه يتعين لإعتبار هذا البيان جوهرياً يترتب على إغفاله البطلان أن يكون الحكم قد فصل في النزاع بوقائعه التي قدمت بصدها أوجه الدفاع والدفع ، أما إذا إقتصر الحكم على قضاء ينصرف إلى بحث مدى توافر شروط معينة يوجبها القانون في الطلب المتداعي بشأنه فلا على المحكمة إن هي أغفلت إيراد أوجه دفاع الخصوم التي لا تتصل بقضائهما طالما كان حكم مسبباً تسببياً كافياً لتسوية ما حكمت به .

(٢) مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من قانون المرافعات والفقرة الأولى من المادة ١٥٢ من ذات القانون أن خصومة رد القاضى ذات طبيعة خاصة يتعين فيها على طالب الرد أن يقدم طلبه قبل إبداء أى دفع أو دفاع في الخصومة الأصلية التي يطلب رد القاضى عن نظرها

التاريخ ، فإن إعلان الطاعن بالجلسة المحددة لحلف اليمين يكون قد تم صحيحاً ومراعاة ميعاد الحضور الذي حدده القانون بما لا يلزم معه تحديد ميعاد آخر وإعلائه مرة ثانية ، ويكون النعى على غير أساس .

٣ - المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الأحكام الصادرة بناء على اليمين الحامسة لا يجوز الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن في الأحكام متى كان توجيهها أو حلفها أو التناول عنها مطابقاً للقانون ، وكان المبين من الأوراق أن اليمين الحامسة التي وجهتها المطعون عليها للطاعن قد وجهت في واقعة غير مخالفة للنظام العام منصبية على موضوع النزاع ومتعلقة بشخص من وجهت إليه وأن الطاعن لكل عن أدائها ، وكان الحكم المطعون فيه قد أعمل الأثر الذي يربته القانون على التناول وحكم على مقتضاه ، فإن الطعن عليه بالنقض غير جائز .

(الطعن رقم ٢٢٢٣ لسنة ٥٥ في جلسة ١٩٨٩/١/١٥)

(٨)

جلسة ١٩٨٩/١/١٩

(١) حكم " بياناته " . " تسببب الأحكام " .

بيانات الحكم الجوهري . ماهيتها . إغفال المحكمة إيراد أوجه دفاع الخصوم التي لا تتصل بقضائهما . لا بطلان . م ١٧٨م . مرافعات - شرط ذلك

(٣.٢) قضاء . " رد القضاة " . دعوى .

محكمة الموضوع " مسائل الواقع " .

لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمناً كما يجوز لصاحب الحق في التمسك بها أن يتنازل عنها ، وكان الثابت في الدعوى أن المطعون عليه قد إرتضى حكم الإحالة إلى التحقيق الصادر من محكمة أول وجه ونفذه بإعلان شاهده وسماعه ولم يعترض عليه حتى الحكم في موضوع الدعوى ، فإن ذلك يعد نزولاً منه عن حقه في التمسك بعدم جواز الإثبات بالبينه ، فلا يجوز له إثارة هذا الدفع أمام محكمة الاستئناف وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(الطعن ١٩٩٠ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/١/٢٥)

(١٠)

جلسة ١٩٨٩/١/٢٥

(١) ملكية " أسهاب كسب الملكية : الارث " .
إرث . تسجيل . شهر عقارى . شفعة .

إنتقال ملكية أعيان التركة من المورث إلى الوارث . عدم توقفه على شهر حق الإرث م ١٣ ق تنظيم الشهر العقارى ١٦٤ لسنة ١٩٤٦ . حلة ذلك . جزاء عدم شهر ذلك الحق . منع شهر تصرفات الوارث دون منع التصرف . إستفاد الحكم المطعون فيه فى القضاء بالشفعة إلى إكتساب الشفيع ملكية العقار المدفوع بالتقادم الطويل الذى إكتملت مدته قبل البيع . صحيح .
(٢) شفعة " النزول عن الحق فى الشفعة . محكمة الموضوع فى الشفعة .

والفصل فيها . ما لم تكن الأسباب التى قام عليها طلبه قد حدثت بعد إبداء دفاعه أو حدثت قبله وإستطاع أن يثبت إنه لم يعلم بها إلا عند تقديم الطلب فإذا لم يتحقق أى من هذين الإستثنائين وجب إعمال جزاء سقوط الحق فى طلب الرد ، وتقدير توافرها من المسائل الموضوعية التى تخضع لسلطة قاضى الموضوع يستقيها من الواقع المطروح دون رقابة من محكمة النقض متى أقام قضاءً على أسباب سائغة تكفى لحمله .

(٣) ما دونه الحكم المطعون فيه بختام أسبابه من الإجابة بالمشروع إلى معالجة نصوص مواد القانون المتصلة بـ القضاء لا يعد إفصاحاً عن عقيدة المحكمة سلفاً فى عدم جدية الطلب المطروح عليها طالما أن ما أشار إليه فى هذا الصدد جاء من بعد قضائها الصحيح بسقوط الحق فى طلب الرد .

(الطعن رقم ١٣٨٩ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٩)

(٩)

جلسة ١٩٨٩/١/٢٥

إثبات " قواعد الإثبات " . نظام هام " .
انسائل الغير متعلقة بالنظام العام " .
قواعد الإثبات . عدم تعلقها بالنظام العام .
مؤده . جواز الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمناً . رضاء المطعون عليه بحكم التحقيق وتنفيذ . إعتباره نزولاً عن حقه فى التمسك بالدفع بعدم جواز الإثبات بالبينه . أثره جواز إثارة هذا الدفع أمام محكمة الاستئناف .

بالعقد المؤرخ .. بالميراث عن مورثتها المرحومة / فاطمة فرهاد فريد التي توفيت بتاريخ .. قبل صدور هذا البيع وإنهما إكتسبا على الشيوع في ملكية الأرض المنفوع بها بالنسبة للمساحة المبيعة للطاعن بالعقد المؤرخ ... بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية خلفاً للبياعة لهما بموجب العقد المؤرخ .. والذي إكتملت مدته قبل صدور ذلك البيع فإنه يكون قد إنقزم صحيح القانون .

٢- النعى في المادة ٩٤٨ من القانون المدني على أنه " يسقط الحق في الأخذ بالشفعة في الأحوال الآتية :

إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع . " يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن النزول من حق الأخذ بالشفعة قد يصدر صريحاً أو يكون ضمناً بإتيان الشفيع بعد البيع عملاً أو إتخاذه موقفاً يكشف بموضوع في دلالتيه عن هذا النزول . وأن إستخلاص هذا النزول من عدمه يعتبر من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع حتى كان إستخلاصاً سائفاً مستمداً مما له أصل ثابت بأوراق الدعوى .

٣ - محكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وفي تقدير الأدلة والموازنة بينها ولا رقابة عليها في ذلك لمحكمة النقص ما دامت أقامت قضاءها على أسباب سائفة تكفي لحسمه .

(الطنين رقم ٦٤٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٩/١/٢٥)

النزول عن الحق في الأخذ بالشفعة . جوازه صراحة أو ضمناً . سبيله . إتيان الشفيع بعد البيع عملاً أو إتخاذه موقفاً يكشف عنه بوضوح . إستخلاص هذا النزول من سلطة محكمة الموضوع متى كان سائفاً ومستمداً مما له أصل بالأوراق .

(٣) محكمة الموضوع " سلطتها في فهم الواقع ، سلطتها في تقدير الأدلة " . إثبات دعوى " نظر الدعوى " .

تحصيل فهم الواقع وتقدير الأدلة والموازنة بينها . من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاها على أسباب سائفة تكفي لحسمه .

١- لما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة (١) أن مفاد نص الفقرتين الأولى والثانية من المادة ١٣ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ بتنظيم الشهر العقاري أن المشرع لم يجعل شهر حق الإرث شرطاً لإنتقال الحقوق العينية العقارية إلى الورثة ، حتى لا تبقى هذه الحقوق بغير مالك لحين شهر حق الارث وإنما تؤول هذه الحقوق من وقت وفاة المورث بإعتبار أن إنتقال أعيان التركة بما فيها الحقوق العينية العقارية من المورث إلى الوارث أثر يترتب على واقعة الوفاة ، وأكتفى المشرع في مقام تحديد الجزاء على عدم شهر حق الإرث بمنع شهر أى تصرف يصدر من الوارث في أى عقار من عقارات التركة دون منع التصرف ذاته . وكما أن البين من مدونات الحكم الابتدائي المحال على أسبابه من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه برفض الدفع المبدي من الطاعن بعدم قبول الدعوى إستناداً إلى أن المطعون عليهما الأولين نكلا على الشيوع في الساعة المبيعة للطاعن

(١١)

جلسة ١٩٨٩/١/٢٦

(١) دعوى . إلتزام " التنفيذ بطريقتى التعويض " . محكمة الموضوع .

الإعذار . ماهيته . الأصل أن يكون بورقة رسمية من أوراق المحضرين الإعلان بصحيفة دعوى التعويض . شرط إعتباره إعذاراً . إشتماله على تكليف المدين بالوفاء . محكمة الموضوع سلطتها فى تقدير إشتمال هذه الصحيفة على هذا التكليف من عدمه . شرطه .

(٢) إثبات . خيرة .

إغفال التحبير دعوة المحصوم أمامه . أثره .

(٣) (٤) مسئولية " مسئولية عقدية " . محكمة الموضوع " مسائل الواقع " .

(٣) عدم تنفيذ المدين لإلتزامه التعاقدى . خطأ تقوم به مسئوليته .

(٤) محكمة الموقف . سلطتها فى إستخلاص ثبوت الخطأ والضرر وماهية السببية بينهما . شرطه .

١- إعذار المدين هو وضعه قانوناً فى حالة المتأخر فى تنفيذ إلتزامه ، والأصل فى هذا الإعذار أن يكون بورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين الدائن فيها إنه يطلب من المدين تنفيذ الإلتزام . ومن ثم فلا بعد إعذاراً - إعلاته بصحيفة دعوى التعويض لإخلال المدين بتنفيذ إلتزام من إلتزاماته إلا إذا إشتملت صحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الإلتزام ، وتقدير إشتمال هذه

الصحيفة على هذا التكليف من المسائل الموضوعية التى تخضع لسلطة قاضى الموضوع فى أن يأخذ بالتفسير الذى يراه مقصوداً من العبارات الواردة بالصحيفة دون رقابة من محكمة النقض متى أقام قضاء على أسباب مسانعة تكفى لحمله .

٢ - مفاد نص المادة ١٤٦ من قانون الإثبات أن البطلان الذى صرح به النص إنما يترتب على إغفال التحبير دعوة المحصوم أمامه .

٣ - المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن عدم تنفيذ المدين لإلتزامه التعاقدى أو التأخير فى تنفيذه يعتبر فى ذاته خطأ يترتب مسئوليته .

٤ - إستخلاص ثبوت الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما هو من مسائل الواقع التى يقدرها قاض الموضوع ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض إلا بالقدر الذى يكون فيه إستخلاصه غير سائغ .

(الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٩/١/٢٦)

(١٢)

جلسة ١٩٨٩/١/٢٦

(١) دعوى " سقوط الخصومة " . إبتثناف . نقض " نظر الطعن أمام محكمة النقض . سقوط الخصومة " .

سقوط الخصومة . ماهيته .م ١٣٤ مرافعات . مناط إعماله . إهمال المدعى أو تراخيه أو إمتناعه عن السير بالخصومة . نطاق سريانه . الخصومة أمام محكمة أول درجة ومحكمة

(٦) دعوى " إغفال الفصل في بعض الطلبات " . حكم " إغفال الفصل في بعض الطلبات .

إغفال المحكمة الفصل في طلب موضوعي . مناطه أن تكون المحكمة قد أغفلت الفصل فيه إغفالاً كلياً . أثره . بقاؤه معلقاً أمامها . قضاء المحكمة صراحة أو ضمناً برفض الطلب . وسيلة تصحيح الحكم . الطعن فيه . (٧) دعوى "مسائل تعترض سير الخصومة : وقف الدعوى " .

الحكم بوقف السير في الدعوى . م ١٢٩ مرافعات . جوازي للمحكمة . مناطه . خروج المسألة الأساسية عن اختصاص المحكمة المتعلقة بالنظام العام . (٨) تزوير " إثبات التزوير " إثبات . محكمة الموضوع .

إثبات صحة الورقة أو تزويرها جوازه بكافة طرق الإثبات ومنها القرائن محكمة الموضوع سلطتها في القضاء بصحة الورقة إستناداً إليها . شرطه .

(٩) محكمة الموضوع " تقدير الدليل " . مسائل الواقع " . دعوى . حكم " تسبب الحكم محكمة الموضوع سلطتها في فهم الواقع وتقدير الأدلة . شرطه . أن تقيم قضاها على أسباب سائفة تكفي لحملة . عدم إلزامها بتتبع أقوال وحجج الخصوم والرد عليها إستقلالاً .

(الطعان رقم ٣٦ لسنة ٥٢ ق ٢٢٤ لسنة ٥٦ ق جلسة

(١٩٨٩/١/٢٦

الإستئناف . م ٢٤٠ مرافعات . عدم سريانه على خصومة الطعن بالنقض . ملة ذلك .

(٢) ملكية " حظر تملك الأجانب العقارات المبنية والأراضي الفضاء " . حظر تملك الأجنبي - شخصاً طبيعياً كان أو اعتبارياً - للعقارات المبنية أو الأراضي الفضاء في مصر بأي سبب من أسباب كسب الملكية عدا الميراث م ١ ق ٨١ لسنة ١٩٧٦ ، موافقة مجلس الوزراء على تملك غير المصري ، حالته م ٢ ق ٨١ لسنة ١٩٧٦ . أثره رفع هذا الحظر .

(٣) بيع ملكية " أسباب الملكية " بطلان .

إبرام المشتري الأجنبي لعقد إبتدائي ثم صدور قرار مجلس الوزراء بالموافقة على تملكه العقار المبيع حتى شأنه أن يحدث الأثر الفوري في إباحة إكتسابه ملكية العقار موضوع العقد مما تستتبع إمكان تنفيذ البائع نقل ملكية العقار المبيع - لا يسوغ للبائع التمسك في هذه الحالة ببطلان عقد البيع الإبتدائي - علة ذلك .

(٣) حكم " عيوب التدليس " ما لا يعد قصوراً " . نقض " سلطة محكمة النقض " .

إنهاء الحكم إلى النتيجة الصحيحة ، لا يعيبه إشتغال الحكم على تقرير قانوني خاطئ . لمحكمة النقض تصحيحه .

(٥) إستئناف " الأثر الناقل للإستئناف " .

إستئناف الحكم الصادر في الطلب الإحتياطي . أثره إعتبار الطلب الأصلي مطروحاً على محكمة الإستئناف بقوة القانون .

(١٣)

جلسة ١٩٨٩/١/٢٦

(١) حكم " الطعن في الحكم : ميعاد الطعن " .

بدء ميعاد الطعن . كأصل من تاريخ صدور الحكم . الاستثناء . م ٢١٣ مرافعات .

(٢) إعلان " بطلان الإعلان " . حكم " ميعاد الطعن " . بطلان " بطلان الإعلان " .

إستئناف . " ميعاد الإستئناف " .

بطلان إعلان الحكم الابتدائي إلى المحكوم عليه . أثره . عدم إنتفاح ميعاد الطعن عليه بالإستئناف .

(٣) دعوى " نظر الدعوى " . محكمة الموضوع . " مسائل الواقع " .

محكمة الموضوع سلطتها في التحقق من حضور الخصوم الجلسات وغيابهم وحصول إعلاناتهم ونفى ذلك . شرطه .

(٤) نظام عام " المسائل المتعلقة بالنظام العام " . نقض " أسباب الطعن : السبب المتعلق بالنظام العام " . محكمة الموضوع .

السبب المتعلق بالنظام العام . جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض . شرطه . ألا يخالفه واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع .

(٥) إثبات ، تزوير " التزوير في الأوراق العرفية " .

رد وبطلان الورقة المقدمة في الدعوى . لا يعنى بطلان التصرف ذاته وإنما بطلان الورقة المثبتة له ، جواز إثبات التصرف بدليل آخر ، قبول .

(٦) حكم " عيوب التدليل : ما يعد قصوراً

إغفال حكم الرد على دفاع جوهرى ، قصور . " مثال " .

١- النص في المادة ٢١٣ من قانون المرافعات يدل على أن القانون جعل مواعيد الطعن في الأحكام من تاريخ النطق بها كأصل عام ، إلا إنه إستثنى من هذا الأصل الأحكام التى لا تعتبر حضورية والأحكام التى افترض المشرع فيها عدم علم المحكوم عليه بالخصومة وما أتخذ فيها من إجراءات فجعل مواعيد الطعن فيها من تاريخ إعلان الحكم .

٢- يشترط في إعلان الحكم الذى يبدأ به ميعاد الطعن أن يكون إعلاناً صحيحاً مطابقاً للقواعد الخاصة بإعلان أوراق الحضرين وتسليمها . ولهذا فإذا وقع إعلان الحكم الابتدائي باطلاً فلا يفتتح به ميعاد الطعن عليه بطريق الإستئناف .

٣- لما كان الحكم المطعون فيه أقام قضاءه برفض الدفع بعدم قبول الإستئناف لرفعه بعد الميعاد وبقوله شكلاً على أن المطعون ضدها الأولى لم تحضر الجلسات أمام محكمة أول درجة وإنها لم تكن المقصودة بالحضور في جلسة ٢٧/١٠/١٩٧٩ التى ورد إسمها في محضرها على سبيل الخطأ المادى . إذ المقصودة بحضور الجلسة هى سميتها المطعون ضدها الرابعة وإستدل

لا معنى بطلان التصرف ذاته ، وإنما بطلان الورقة المثبتة له فحسب ولا ينال من التصرف أو يمنع من إثباته بأي دليل آخر وقبوله قانوناً ، فإذا ما ثبت للمحكمة صحة الإدعاء بالتزوير وفساد الدليل على إسناد التصرف إلى الصادر منه ، فإن ذلك لا يقتضى بطريق اللزوم أن يكون هذا التصرف غير صحيح .

٦- إذ كان الثابت بالأوراق أن الطاعن تمسك في دفاعه أمام محكمة الاستئناف بصدور إقرار كتابي من المطعون ضدها الأولى يحمل توقيعها ببصمة ختمها يفيد صحة التصرف الصادر له بالبيع محل النزاع من مورثها وقدم إلى المحكمة هذا الإقرار تأييداً لدفاعه وكان قضاء الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بتاريخ ٥ من يناير سنة ١٩٨٤ يرد وبطلان عقد البيع محل النزاع لا يتعدى الورقة المثبتة للتصرف دون التصرف ذاته ولا يمنع الطاعن من إثباته إرتكائاً إلى الإقرار الكتابي الأكنف الذكر المنسوب إلى المطعون ضدها الأولى لما له من حجية قبلها ما لم تنكره صراحة طبقاً لنص المادة ١٤ من قانون الإثبات ، فمن ثم يعتبر دفاعه في هذا الخصوص جوهرياً ، وإذا أمسك الحكم المطعون فيه عن الرد عليه وأعرض عما قدمه الطاعن من مستند تأييداً له فإنه قد عارضه القصور .

(الطعن رقم ٢٢٥٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٩/١/٢٦)

(١٤)

جلسة ١٩٨٩/١/٣٠

(٢.١) مسئولية " مسئولية الناقل الجوي " .

معاهدات . نقل " نقل جوى "

الحكم على ذلك بإقرار الطاعن بعدم حضور المطعون ضدها الأولى في ورقة إعلانها لجلسة ١٩٧٦/١٢/١٥ ، كما أ طرح الحكم ورقة إعلانها بالحكم المؤرخة ١٩٧٧/١/١٨ التي استند إليها الطاعن بتقريره أن المحضر إذ أثبت فيها إعلان جميع المحكوم عليهم في موطن مورثهم في مواجهة شقيقهم المطعون ضده الثاني فيكون المقصود بهذا الإعلان أشقاء الطاعن وخدم دون زوجة أبيهم المطعون ضدها الأولى ، وخلص الحكم من ذلك إلى عدم حصول إعلان الأخيرة بالحكم الابتدائي . متى كان ذلك وكان التحقق من حضور الخصوم الجلسات وغياهم وحصول إعلانهم ونفى ذلك من الأمور الواقعية التي تدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع متى استندت في قولها إلى إعتبارات سائفة ، وكان إستخلاص الحكم المطعون فيه لما قرره من عدم حضور المطعون ضدها الأولى الجلسات أمام محكمة أول درجة وعدم إعلانها بالحكم الابتدائي سائفاً ويرتد إلى أصل ثابت بالأوراق فمن ثم فإن النعي عليه بهذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً في سلطة محكمة الموضوع في فهم الواقع في الدعوى مما تنحسر عنه رقابة محكمة النقص .

٤ - المقرر في قضاء هذه المحكمة إنه يشترط لإثارة المسألة المتعلقة بالنظام العام لأول مرة في الطعن توافر جميع العناصر التي تتيح الإلمام بها لدى محكمة الموضوع .

٥ - مفاد نص المادة ٤٤ من قانون الإثبات - وهي ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الحكم يرد وبطلان الورقة المقدمة سنداً في الدعوى

تكون فيها الأمتعة أو البضائع في حراسة الناقل ، سواء كان ذلك في مطار أو على متن طائرة أو في أى مكان آخر عند الهبوط خارج المطار " وفي المادة ٢٠ على أن " لا يكون الناقل مسئولاً إذا أثبت إنه وتابعين قد إتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادى الضرر أو كان من المستحيل عليهم إتخاذها ، يدل على أن مسئولية الناقل الجوى لا تنقضى ولا تنتهى إلا بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه في ميناء الوصول أو المكان المتفق عليه ولا ترتفع مسئوليته هذه إلا إذا أثبت إنه وتابعيه قد إتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادى الضرر أو إنه كان من المستحيل عليهم إتخاذها أو قام به أو لديه سبب آخر من أسباب الإعفاء طبقاً للقواعد العامة ، ذلك أن المبدأ من مطالعة أحكام هذه الإتفاقية في ضوء الأعمال التحضيرية لها سواء في مشروع باريس سنة ١٩٢٥ أو في لجنة الخبراء سنة ١٩٢٧. والمشروع النهائى وما دار في لجنة الصياغة ، أن مسئولية الناقل الجوى من نوع خاص لها أحكامها المتميزة تقررت للتوفيق بين مصالح متعارضة مصالح شركات الطيران ومصالح الشاحنين ، مسئولية عمادها إلزام الناقل بكفالة سلامة الشئ المنقول والمحافظة عليه أثناء فترة النقل الجوى حتى يتم تسليمها إلى المرسل إليه أو نائبه ، وباعتبار إنها تظل في حراسته بالمعنى القانونى فى حكم المادة ١٨ سائلة البيان أى تحت سيطرته الفعلية وقدرته على التصرف فيها أو فى شأنها طوال فترة هذا النقل التى تشمل فترة وجود بضاعة داخل المخازن الجمركية حتى لو توقف عن ممارسة سيطرته المادية عليها أو لم يمارسها هو بشخصه طالما بقيت له

(١) مسئولية الناقل الجوى ، لا تنقضى ولا تنتهى إلا بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه فى ميناء الوصول أو المكان المتفق عليه ، دفع هذه المسئولية . شرطة . إثبات الناقل وتابعة إتخاذهم التدابير اللازمة لتفادى الضرر أو إنه كان من المستحيل عليهم إتخاذها أو قام به أو لديه سبب آخر من أسباب الإعفاء طبقاً للقواعد العامة . التسليم لمخازن الجمارك لا ينهى مسئولية الناقل المادتين ١٨ ، ٢٠ من إتفاقية فارسوفيا المعدلة ببروتوكول لاهائى التى وافقت مصر عليها ، علة ذلك .

(٢) إيداع رسالة النزاع كاملة مخازن الجمارك ، لا يعفى الناقل من مسئوليته عن فقدتها أو تلفها داخل تلك المخازن ولا يعتبر بطلانها من قبيل القوة القاهرة . علة ذلك . خلو الأوراق مما يدل على إخطار الطاعنة (الناقلة) المرسل إليه بمجرد وصول البضاعة وعند إيداعها بالمخازن . يعد خطأ تسبب فى بقاء الرسالة بمخازن الجمارك فترة طويلة مما عرضها للفقء ، مؤدى ذلك فعل الغير المدعى به لا يعتبر السبب الوحيد للحادث الذى من شأنه إعفاء الناقلة من مسئوليتها .

(١) النص فى المادة ١٨ من إتفاقية فارسوفيا الدولية المعدلة ببروتوكول لاهائى فى ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٥٢ والتى وافقت مصر عليها بالقانونين ٥٩٣ ، ٦٤٤ لسنة ١٩٥٥ على أن " يكون الناقل مسئولاً عن الضرر الذى يقع فى حالة تحطيم أو ضياع أو تلف أمتعة مسجلة أو بضائع ، إذا كانت الحادثة التى تولد منها الضرر قد وقعت خلال النقل الجوى " وأن النقل الجوى وفقاً لفحوى الشطرة السابقة يتضمن المدة التى

أثناء فترة النقل إلى أن يتم تسليمها في مطار الوصول إلى المرسل إليه حتى توقف عن ممارسة السيطرة المادية عليها .

(٢) لما كان الثابت في الدعوى أن الطاعنة وإن كانت قد أودعت رسالة النزاع كاملة مخازن الجمارك إلا أن ذلك لا يعفيها من مسؤوليتها عن فقدانها داخل تلك المخازن بحسبان أنها مازالت في حراستها القانونية ، وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة - أنه يشترط لإعتبار الحادث فترة قاصرة عدم إمكان توقعه وإستحالة دفعه ، وكان توقع فقدان البضاعة وتلفها كلها أو بعضها داخل المخازن الجمركية أمراً متوقفاً ومألوفاً ومن ثم فإنه لا يعتبر بذاته من قبيل القوة القاهرة ولا يعفى الطاعنة من مسؤوليتها عن فقد البضاعة كما إنه يشترط في فعل الغير كسبب للإعفاء من مسؤولية الناقل أن يكون هو السبب الوحيد للحادث ، وما إذا كانت الأوراق قد خلت مما يدل على إخطار الطاعنة المرسل إليه بمجرد وصول البضاعة عند إيداعها مخازن الجمارك في ١٩٧٦/٢/٢٤ مخالفة بذلك حكم المادة ٢/١٣ من الإتفاقية المذكورة وحتى تاريخ إصدارها إذن تسليم البضاعة إلى المرسل إليه أي بعد أكثر من أربعة شهور وهو ما يعد خطأ منها تسبب في بقاء الرسالة بمخازن الجمرك تلك الفترة الطويلة مما عرضها للفقْد فإن فعل الغير المدعى به لا يعتبر السبب الوحيد للحادث الذي من شأنه إعفاء الطاعنة من مسؤوليتها .

السيطرة القانونية ومن ثم فإن مسؤوليته عنها لا تنتهي بتسليمها إلى السلطات الجمركية وإيداعها مخازنها أياً كان مديرها أو المشرف عليها إذ لا تعتبر مصلحة الجمارك نائبة عن المرسل إليه في إستلام البضاعة وإنما تتسلمها بناء على الحق المخول لها بالقانون إبتغاء تحقيق مصلحة خاصة بها هي إستيفاء الرسوم المستحقة عليها ولذلك لا ينقضى عقد النقل الجوي بهذا التسليم ولا تبرأ به ذمة الناقل قبل المرسل إليه الذي لا يستطيع إستلام البضاعة إلا بأمر وإذن الناقل الجوي صاحب السيطرة القانونية عليها ، يؤكد ذلك ما نصت عليه المادة الثانية من مشروع باريس سنة ١٩٢٥ من تحديد لفترة النقل الجوي بإنها تبدأ بدخول الركاب أو الأمتعة أو البضائع مطار القيام وحتى لحظة الخروج من مطار الوصول ، وقد استقر ذلك التحديد في لجنة الخبراء وتضمنته المادة الخامسة من المشروع النهائي للإتفاقية ، وما إنتهى إليه كل من القضاء الفرنسي والبلجيكي من أن فترة النقل لا تنتهي إلا بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه في مطار الوصول وتدخل فترة وجود البضاعة داخل المنطقة الجمركية في نطاق مسؤولية الناقل طبقاً للمادة ٢/١٨ من الإتفاقية ، وهو ما أستقر عليه القضاء الأمريكي في ظل هذه الإتفاقية التي وافقت الولايات المتحدة الأمريكية في ١٩٣٤/٧/٣١ وعلى بروتوكول لاهاي سنة ١٩٥٥ في ١٩٥٦/٦/٢٨ حيث خلص هذا القضاء إلى أن الناقل يظل مسئولاً عن البضاعة التي تعهد بنقلها

نقابة المحامين أمانة الصندوق

توجه نظر السادة الأساتذة الزملاء المحامين للمبادرة إلى سداد الإشتراك
المستحق إعمالاً لنص المادتين ١٦٩ . ١٧٠ من قانون المحاماة رقم ١٧
لسنة ١٩٨٣ المعدل بالقانون ٢٢٧ لسنة ١٩٨٤ .

أمين صندوق نقابة المحامين
أحمد عوده
عضو مجلس نقابة المحامين



جرائم الإعتداء على الحق في
السمعة والشرف والإعتبار
(الجزء الأول : جرائم القذف والسب)

للسيد الاستاذ
أحمد جمعه شحاتة
المحامى بالنقض

- لقد شهدت السنوات القليلة الماضية تزايداً ملحوظاً في عدد دعاوى المسؤولية عن الاضرار التي تسببها الاعتداءات على السمعة او الشرف او الاعتبار .

- واهتم تقنين العقوبات المصرية بحماية الحق في السمعة والشرف والاعتبار فنص على تجريم القذف والسب والاهانه والمييب والبلاغ الكاذب . وافشاء الاسرار . ومن المتفق عليه باجماع الفقه والقضاء المصري ان الشارع قصد من تجريم هذه الجرائم حماية الكيان الادبي والاجتماعي للشخصية الانسانية . وحماية المكانة التي يحتلها شخص في المجتمع وما يتفرع عنها من حق في ان يعامل على النحو الذي يتفق مع هذه المكانة . أي ان الشارع المصري قد رجع المدلول الموضوعي للشرف والاعتبار .

- ولقد نص الشارع المصري في الباب السابع من الكتاب الثالث

من قانون العقوبات (المواد من ٣٠٢ - ٣١٠) على تجريم هذه الأفعال . ولقد جمع بينهما في الباب السابع لاتحاد هذه الجرائم في المحل الذي يقع عليه الاعتداء وهو الحق في السمعة والشرف والاعتبار .

- وسنقتصر في دراستنا على جرائم القذف والسب والبلاغ الكاذب وافشاء الاسرار . وتقسم على ثلاثة أجزاء - الجزء الاول جرائم القذف والسب . والجزء الثاني جرائم البلاغ الكاذب وافشاء الاسرار والجزء الثالث القواعد الاجرائية الخاصة بهذه الجرائم .

وسنمهد لهذه الدراسة بفكرة عن مفهوم الحق في السمعة والشرف والاعتبار وتأثير ذلك على الحماية الجنائية لهذا الحق .

تعريف : ماهية السمعة والشرف والاعتبار .

- السمعة لغة ما يذكر الشخص

به عند الناس - أي ما يشاع او يسمع ويتكلم به عنه عندهم من حسن او قبيح .

وجاءت هذه الكلمة في الاحاديث الشريفة تعبيراً عن معنى الشتم واذاعة العيوب عن الغير واسماع القبيح عنه وفضحه عند الناس كقوله عليه الصلاة والسلام " من سمع بعيب ، سمع الله به " .

- ولقد كفلت الشريعة الاسلامية حرمة سمعة الانسان . اذ حرمت القذف والسب ونهت عن الجهرير والسخرية والتناهد بالانكساب . وأمرت بأن يكون أسلوب المجادلة مع المخالفين في العقيدة عفيفاً كريماً ، لا يصل الى العنف والتجريح او الشقاق والسباب وقد وضعت في سبيل حماية كرامة الانسان وصون سمعته من الجزاءات الدنيوية والأخروية ما يتناسب مع الأهمية الاجتماعية والفردية البالغة لمثل هذه القيم الأدبية الأساسية .

يغطي الجانب الموضوعي فقط للسمعة ولا يشمل جانبها الشخصي وهو الإعتبار .

- ويقصد بالإعتبار : حيلة الرصيد الأدبي أو المعنوي الذي يكون الشخص قد اكتسبه تدريجيا من خلال علاقاته بغيره . أي مجموعة الميزات أو المكنات التي يستمدّها الفرد من منزلته التي بلغها بين جماعة من الناس ينتمى إليها كأفراد أسرته وجيرانه في المنطقة التي يسكن بها . وبين زملاء مهنته أو جمهوره إذا كان نجماً من نجوم الأدب أو الفن أو الرياضة أو السياسة .

- ومن هنا يتضح اتساع نطاق الاعتبار بالمقارنة بالشرف . فكل اعتداء على شرف الشخص ينعكس أثره بالضرورة على اعتباره في حين يتصور الاعتداء على اعتبار الشخص دون المساس بشرفه .

- ويمكن التمييز بين أنواع ثلاثة من الاعتبار . الاعتبار الخاص . والاعتبار المهني . والاعتبار السياسي .

- ولقد قصدنا من هذا التوضيح . لانه مما يؤسف له ان

أدنى من التقييم الأدبية التي يفترض توافرها بالضرورة لدى كل فرد بحكم كونه شخصاً آدمياً . . فالتقانون الوضعي يعترف لكل انسان من حيث هو انسان بالحق في ان يطلب من الغير ان يحترم كرامته الادمية . فيستوى أن يكون صاحب الحق صغيراً أو كبيراً غنياً أو فقيراً شريفاً أو خارجاً عن القانون .

- ويتكون الشرف من عناصر عديدة : يمثل كل واحد منها صفة من تلك الصفات العامة التي يتوقف عليها تكامل كرامة الانسان واحترامه وفقاً للمجري العادي للأمور مثل الأمانة والنزاهة والشجاعة والإخلاص والصدق والاستقامة . المحافظة على العرض والتمسك بمبادئ الاخلاق والدين . ذلك ان الانسان مهما تواضعت وظيفته الاجتماعية يفترض فيه التمتع بعد أدنى من هذه الصفات . ذلك ان هذا الجانب يتميز بقيمته المطلقة المجردة التي لا تختلف من شخص الى آخر .

- ومن هنا يبدو الفرق واضحاً بين الشرف والسمعة - الأول

- والسمعة قيمة مركبة . تتعد عناصرها بتعدد أوجبها جذارة الشخص بالاحترام . وترتبهن السمعة غالباً بعدد من الصفات التي تحدد الامكانيات التي تؤهل صاحبها للتمتع بهذا الاحترام . والجامع بين هذه الصفات كلها انها تحدد أهلية أداء الشخص للوظائف او الراجبات المناطة به تأديتها في المجتمع .

- ويمكن التمييز بين مجموعتين من هذه الصفات . تضم احدهما كافة الصفات الفطرية التي تنبع عن الشرف أو الكرامة الادمية ، والتي تحدد صلاحية الفرد لأداء واجباته العامة كاتسان وتتضمن المجموعة الثانية كافة الصفات المكتسبة التي ترتبط بالاعتبار الاجتماعي او المنزلة الاجتماعية . والتي تحدد صلاحية الشخص لأداء واجباته الخاصة التي تفرضها عليه علاقاته بالآخرين . ويطلق على مكونات المجموعة الأولى (الشرف) ويطلق على مكونات المجموعة الثانية (الاعتبار) .

- ويقصد بالشرف : مجموعة الميزات أو المكنات التي تثل قدر

الفقه والقضاء في مصر وقرنسا لا يتحرى الدقة اللازمة عند استعمال اصطلاحات " السمعة " " الشرف " " الاعتبار " فغالباً ما تستعمل هذه الكلمات كما لو كانت من المترادفات . ووجهة النظر في ذلك في عدم وجود أهمية علمية لإجراء مثل هذه التفرقة من وجهة نظر قانون المسؤولية الجنائية لان قانون العقوبات لا يرتب أية آثار قانونية عليها .

- والشرف والاعتبار ككل له وجهتين موضوعية وشخصية ، فمن الوجهة الموضوعية هو المكانة التي يحتلها كل شخص في المجتمع وما يتفرع عنها من حق في أن يعامل على النحو الذي يتفق مع هذه المكانة . أى يعطى الثقة والاحترام اللذين تقتضيهما مكانته الاجتماعية .

- اما الشرف والاعتبار من الناحية الشخصية فيعنى شعور كل شخص بكرامته واحساسه بان يستحق من أفراد المجتمع معاملة واحترام متفقين مع هذا الشعور .

- وقرر الدكتور محمود نجيب حسنى في كتابه شرح قانون العقوبات القسم الخاص ص ٦٠٩

" ولقد رجح الشارح المصرى المدلول الموضوعى للشرف والاعتبار " .

ويستفاد ذلك من اعتباره العلانية ركناً في جنتى القلب والسب . والدور القانونى للعلانية انها الوسيلة الى علم الافراد بالفعل الماس بشرف المجنى عليه على نحو تهبط به مكانته الاجتماعية . كما وان الشارح لم يتطلب للعقاب على القذف والسب ارتكاب أيهما في حضور المجنى عليه (نقض ٣٠ اكتوبر سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ج ٤ رقم ٤٢١ ص ٥٨٩) . وفى ذلك الدليل على ان الشارح لم يعدد بالألم النفسى الذى ينال المجنى عليه كعلة لتجريم القذف والسب .

- اهلية الشرف والاعتبار -

بمعنى تحديد من يصلح أن يكون مجنياً عليه بهذه الجرائم ... هل الشخص الطبيعى فقط هو صاحب الحق في السمعة ام يمتد الحق في السمعة الى الشخص المعنوى ايضاً . . . ؟

- الاصل ان يكون صاحب الحق في السمعة شخصاً طبيعياً ؛ والسائد في الفقه أو القضاء

المصرى أو الفرنسى ان الحق في السمعة والشرف والاعتبار يثبت لكل انسان لمجرد انه انسان يقطع النظر عن ظروفه الشخصية . فلا عبرة بسنه أو جنسه أو مهنته أو جنسيته . وتطبيقاً لذلك يعترف بالحق في الشرف والاعتبار للطفل والمجنون . اذ ان هذه الصلاحية متوافرة لهما وتتوافر هذه الصلاحية لاشد المجرمين خطورة . فعلى الرغم من أن نشاطه ضار بالمجتمع فإن صلاحيته لاداء وظيفته إجتماعية ما تزال متوافرة .

- ولكن لا يتمتع بهذا الحق الميت : لأنه لا تتوافر للميت صلاحية أداء أية وظيفة إجتماعية ومن ناحية ثانية أن الحق في الشرف والإعتبار فرع عن الشخصية وهذه الشخصية قد انقضت بالوفاة .

- ويرد على الأصل تحفظ . فالصلة بين المتوفى وبعض الأحياء قد تجعل المماس بذكره متعدياً إلى المماس بشرف هؤلاء الأحياء وفى هذه الحالة يتعين العقاب حماية لشرفهم .

- ويحمى القانون شرف واعتبار الأشخاص المعنوية أيضاً

" يند قاذفا كل من أسند لغيره بواسطة إحدى الطرق المبيّنة بالمادة ١٧١ "

" من هذا القانون أمورا لو كانت صادقة لا وجه عقاب من أسند اليه بالعقوبات "

" المقررة لذلك قانونا أو أوجبت احتقاره عند أهل وطنه "

" ومع ذلك فالظن في أعمال موظف عام أو شخص ذي صفة نهائية عامة أو مكلف بخدمة عامة لا يدخل تحت حكم هذه المادة إذا حصل بسلامة نية ، وكان لا يمتد إلى أعمال الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة وبشرط إثبات حقيقة كل فعل أسند إليه ولا يقبل من القاذف إقامة الدليل لاثبات ما قذف به إلا في الحالة المبيّنة في الفقرة السابقة "

- وتنص المادة ١٧٣ من نفس القانون على أن :-

" يعاقب على القذف بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تقل عن عشرين جنيها ولا تزيد عن مائتي جنيها أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط فإذا وقع القذف في حق موظف عام أو شخص ذي

إجتماعية معينة وقدر من الإحترام .

مثال ذلك الإعتداء على شرف مدرسة أو كلية أو متجر .

- وفي هذه الحالات الأخيرة وحيث أن القانون لا يعترف لهذه الهيئات بالشخصية القانونية وإنه لا يوجد مثل قانوني لها . وإن الدعوى الجنائية الناشئة عن القذف والسب لا يجوز تحريكها إلا بناء على شكوى المجنى عليه . فإنه طبقا للمادة السادسة من قانون الإجراءات الجنائية تتولى النيابة العامة تحريك الدعوى الجنائية بصفتها تمثل المجتمع كله . وأن تقدم الشكوى من أي فرد من أفراد هذه الهيئة أو التنظيم أو أي فرد من أفراد الأسرة التي وقع الاعتداء على حقها في الشرف والاعتبار .

الجزء الأول

جرائم القذف والسب

القسم الأول : جرائم القذف :

حيث القانون : يطالعنا القانون بالنصوص الاتية :

- تنص المادة ١٧٢ من قانون العقوبات على أنه :

لإنها تتمتع بالشخصية القانونية . وهو ما ينبنى عليه الإعتراف لها بالحقوق المتفرعة عن هذه الشخصية ومن بينها الحق في الشرف والإعتبار . بالإضافة إلى ذلك فإن لها وظيفة إجتماعية قد تكون أكثر أهمية من وظيفة الشخص الطبيعي . ومن ثم يتعين أن يكفل القانون حمايتها .

- بل أن القانون قد مد حمايته إلى هيئات لا تتمتع بالشخصية المعنوية (المادة ١٨٤ من قانون العقوبات) التي تنص على أن : " يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسين جنيها ولا تزيد عن مائتي جنيها أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أهان أو سب بإحدى الطرق المتقدم ذكرها مجلس الأمة وغيره من الهيئات النظامية أو الجيش أو المحاكم أو السلطات أو المصالح العامة .

- مفاد ذلك أن الشارع قد أضفى حمايته على الهيئات والتنظيمات حتى ولو كانت لا تتمتع بالشخصية القانونية . مادام النظام القانوني قد اعترف لها بوظيفة إجتماعية يقتضى أداؤها الإعتراف لها بمكانة

صفة نيابية عامة أو مكلف بخدمة عامة وكان ذلك بسبب اداء الوظيفة أو النيابة أو الخدمة العامة كانت العقوبة الحبس أو غرامة لا تقل عن خمسين جنيهه ولا تزيد عن خمسمائة جنيهه أو احدى هاتين العقوبتين فقط .

بمعنى القذف لغة واصطلاحاً قانونياً :-

:- القذف فى اللغة هو الرمى والتوجيه ويقصد به اصطلاحاً فى لغة القانون استناد فعل أو امر محند الى شخص أو أشخاص لو صح هذا الفعل لكون جريمة ينال عنها من استندت إليه أو توجب احتقاره عند اهل وطنه .

:- والفعل المحند أو الواقعة المحددة هنا هما مناط التمييز بين القذف والسب فالاول عندما تحدد الواقعة المستندة اما الثانى فيكون عند تخلف هذا التحديد .

:- والقذف فى جوهره توجيه معنى سئ الى شخص أو اشخاص يقصد الاساءة اليهم .

المبحث الاول

(ركان القذف)

يفترض القذف فعل اسناد وان

ينصب هذا الفعل على واقعة يشترط فيها شرطان : ان تكون محددة وان يكون من شأنها عقاب من استندت اليه او احتقاره . وان يكون هذا الاسناد علنيا وهذه العناصر تكون الركن المادى للقذف ويتطلب ايضا ركن معنوى يتخذ صورة القصد الجنائى .

المطلب الاول : الركن المادى :-

يتكون من ثلاثة عناصر هي نشاط اجرامى (فعل الاسناد) وموضوع النشاط الاجرامى . (الواقعة المحددة التى من شأنها عقاب من تسند اليه او احتقاره) وصفة لهذا النشاط (ان يكون علنياً) .

(١) **والاسناد :** هو نسبة الأمر أو الفعل الى شخص أو أشخاص قهيداً لمسايقته عنه . وهو المعنى المقصود به فى القذف . حيث يتعين لتقيام القذف المعاقب عليه أن يوجد تعبير متضمن نسبة أمر أو فعل الى شخص بحيث لو صح هذا الإسناد الى الشخص لأصبح هذا الأخير خاضعاً لوطأة العقاب باعتبار أن الاسناد مشتمل على جريمة معاقب عليها قانون . أو ان يكون فى الإسناد ما يوجب

احتقار الشخص عند اهل وطنه .
- ولا يلزم فى اسناد الفعل أو الأمر على سبيل القطع واليقين وانما يكفى لتوافر الركن المادى للجريمة أن يتم الاسناد ولو بصيغة تشكيكية أو بما يفيد الرواية عن الغير أو الاشاعة .

:- فقضت محكمة النقض المصرية :-

" بان صاحب الجريدة الذى رفعت عليه دعوى القذف لا يجوز له ان يتمسك بأن ما نشر من الأخبار قد وصل الى علمه من شخص آخر ولا محل بالتالى لاعفائه من العقاب . اذ لو جاز لاصحاب الصحف ان ينشروا كل خبر أيا كان مساس بشرف الموظفين بحجة انهم نقلوه الى الجمهور مما يصل الى علمهم عن طريق الغير . لادى ذلك الى اباحة القذف . اذ يكفى للخلاص من الجريمة ان يسلكوا سبيل التعبير بما يفيد الرواية عن الغير أو الاشاعة " .

" نقض ١٩٠٨ / ٢ / ٢٨ مع ٩ - ٧٠ . "

:- وسارت المحاكم بحق على هذا النحو وقضى بانه :

" يستوى ان تكون عبارات

القذف او السب التي اذا عاها
الجاني منقولة عن النير "

" او من انشائه هو . ذلك ان
نقل الكتابة التي تتضمن جريمة
ونشرها يعتبر في حكم القانون
كالنشر الجديد سواء بسواء .
ولا يقبل من احد للإفلات من
العقاب أن يتلوع بان تلك الكتابة
انما نقلت من صحيفة أخرى اذ
الواجب يقضى على كل من ينقل
كتابة سبق نشرها ان يتحقق قبل
اقدامه على النشر من ان تلك
الكتابة لا تنطوي على ايسة
مخالفة للقانون .

" لقض ٢٤/٢/١٩٥٩ م ١٠ ص ٣٤٨
مجموعة الاحكام "

== ولقضت :

" بأن مجرد الرواية ينقل الى
ذهن الجمهور ولو بصفة مؤقتة او
عارضة او على سبيل الشك بقيام
الإسناد واحتمال صحته وهو
ما تأذى به سمعة من وجه اليه "

" لقض ١٦/١/١٩٥٠ م ١ ص ٢٥١
مجموعة الاحكام .

" - ويستوى ان تكون عبارات
القذف واضحة الدلالة أو ذات
معنى خفي مادام يتسنى الوصول
اليه دون عناء أو مشقة .

- والقاعدة العامة في تفسير
عبارات القذف والسب هو حمل
الكلام على معناه الطبيعي العادي
المستفاد مباشرة بغير تكلف من
جملة الكلام ومجموعه الا اذا
قامت قرينة توجب صرفه الى
معنى آخر . وتدل على أن صاحبه
قصد المعنى دون المعنى الطبيعي
او العادي .

- مع ملاحظة ان الشخص قد
يخفي المعنى المؤذي او الشعور
السئ في اللفظ البرئ والعبارة
التي تبدو ساذجة او ناقصة أو
غامضة أو لتقوية المعنى وأكسابه
الظرفه والعمق اللازمين لتأثيره
وبناء هذا التأثير في النفوس .
وأما للتهرب من المسئولية أو
للرفضين معا .

- وينبغي في هذا الصدد ان
ينظر الى مجموع الكلام وإلى
اللغة والعرف والظروف الخاصة
بالجاني والمجنى عليه .

- ووسائل التعبير قد تكون
بالقول الشفوي أو الكتابة ايا كان
شكلها أو نوعها مخطوطة أو
مطبوعة . وأيا كانت المادة التي
فرغت فيها الكتابة . ويدخل في
نطاق الكتابة الرموز والرسوم

والصور . (خاصة الرسوم
الكاريكاتيرية) .

(٢) وموضوع القذف : هو
الواقعة التي يسندها المتهم الى
المجنى عليه ويكون من - شأنها
المساس بشرفه واعتباره . وقد
أشترط القانون ان تكون هذه
الواقعة محددة وأن يكون من
شأنها لو كانت صادقة عقاب
المجنى عليه أو احتقاره عند أهل
وطنه .

- أي يجب أن تشمل العبارات
الموجهة الى المجنى عليه على فعل
أو أمر محدد يمكن التدليل عليه
وأثبات صحته وهو أمر ضروري
في القذف أما الاسناد بواقعة
مبهمة كوصف شخص بالغباء أو
الارتشاء أو ما شاكل ذلك من
صفات لا يمكن التدليل عليها فهو
السب .

" لقض ٣١/٥/١٩٧١ م ٤٠ ق
مجموعة الاحكام ص ٢٥٦ .

- ويسمى الفقه والقضاء
الفرنسيين الأخذ بمقياس " الصلاحية
للانبات " فاذا كانت عبارات
المتهم تصلح لان يقام الدليل على
صحتها أو بطلانها أي حصولها
أو عدم حصولها فهي محددة .

- ولا معنى لاشتراط تحديد الواقعة أن يكون الاستناد قد أشتمل على كافة عناصرها وظروفها ومكانها وزمانها بل يكفى تصويرا نسبيا فى الأذهان تحديدا لواقعة بذاتها .

- وقاضى الموضوع هو المنوط به الفعل والقول بأن الواقعة المستند محددة وبالتالى تكون قلداً أو غير محدودة وبالتالى تكون سبياً . ولحكمة النقض مراقبته فيما يربطه من النتائج القانونية لمبحث الواقعة محل التلطف .

" نقض جلسة ١٩٧٢/١٠/٨ القضية رقم ٨٤ لقض لم ينفذ " .

= موضوع القسطن المشتعل
لواقعة محددة يجب أن يكون أحد أمرين :-

(أ) واقعة لو صحت لكونت جريمة معاقب عليها (سواء فى قانون العقوبات او القوانين التكميلية له) ويرى بعض الفقهاء ان الاستناد بواقعة تكون مخالفة ادارية لا يكون الاستناد فى القذف . ويرى البعض الآخر أن الإستناد بواقعه تستوجب العقاب التأديبى يعتبر قلداً ذلك

لان الشارع استعمل عبارة " العقوبات المقررة لذلك قانونا " وهى تتسع للعقوبات الجنائية والتأديبية . وهو مانرجعه طبقاً لقواعد التفسير الصحيح للقواعد الجنائية .

- ولا يهم ان توصف الواقعة بوصف الجنائية او الجنحة أو المخالفة ذلك أن محل هذه الأفعال الموصوفة تخضع للعقاب الجنائى . وهذا الرأى هو ما أخذت به محكمة النقض أخيراً . " نقض ١٩٧٢/١٠/٨ المشار اليه آنفاً "

ثانياً ؛ واقعة لو صحت لكان
من شأنها أن تؤدى الى تهجير من أسندت اليه لأن الأصل ان القانون يحصى شرف الشخص واعتباره . وينزل العقاب على من ينال من هذا الاعتبار أو الشرف .

فالنيل من هاتين الصفتين يجعل الشخص محتقراً فى الوسط الذى يحيا فيه وفى الوسط الذى يتحرك فيه أو فى دائرة نشاطه الذى يمارسه .

- ومعنى الاحتقار يختلف من بيئة الى أخرى . فظهور شخص عار يعتبر مدعاة للاحتقار فى بلد ولكنه لا يعد كذلك فى بلد آخر .

- والمرجع فى القول بأن اسناد واقعة معينة من شأنها تهجير من أسندت اليه مسألة وقائع يقرها قاضى الموضوع على مدى ظروف الزمان والمكان والاحوال وهو يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض التى تبحث الواقعة لتبين مناهجها واستظهار مراميها لانزال حكم القانون عليها .

- ولما كان الاستناد ركناً فى هذه الجرائم فأنه من المتعين أن يتحدث عنه الحكم باعتباره ركناً فى الجريمة لا تقوم الا به . ولا يكون الحكم بمنجاة من القصور الا اذا أورد هذه العبارات التى استقى منها الاستناد وأوضح دقائق من أدلة الدعوى المطروحة فى مجلس القضاء حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة تطبيق القانون على وجهه الصحيح .

" نقض ١٩٨٤/١٠/٣٠ الطعن ٢٩٣١ لسنة ٥٤ ق " .

= ولا يشترط فى الواقعة المحددة ان تقضى فعلا الى توقيع العقاب على المجنى عليه أو الى احتقاره فعلا وإنما يكفى أن يكون من شأنها كذلك وذلك واضح من تعبير القانون بعبارته " لو كانت صادقة . . . "

القذف والسب لها معنى قانوني يقوم على عنصرين .

(١) العنصر المادى وهو السلوك المنتج لحدث نفسى من شأنه إيصال الفكرة أو الشعور أو الإرادة الأكثمة للجمهور .

(٢) والعنصر المعنوى . وهو تعتمد إيصال هذه الفكرة أو الشعور أو الإرادة إلى الغير . قصد الاذاعة . وحيث يتحقق اجتماع هذين العنصرين تتحقق العلانية حتما .

- وهذه الطرق وردت على سبيل المثال لا الحصر والدليل على ذلك ما جاء بالفقرة الاولى من نص المادة ١٧١ من قانون العقوبات عبارة " أو بأى وسيلة أخرى من وسائل العلانية " وما جاء فى نهاية الفقرة الثالثة تعبير " أو بأى طريقة أخرى "

- ولقد أكد الشارع ذلك فى المذكرة الايضاحية للرسم بقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٣١ الذى أعطى المادة ١٧١ من قانون العقوبات صياغتها الحالية فقد ورد أن أحد أغراضه هو " تعريف العلانية التى يقصدها القانون فى هذا الباب وفى الباب السابع من

على مادة الفعل أو أن يكون من شأن الفعل بالكيفية التى وقع بها أن يراه أو يسمعه الغير ولو لم ير أو يسمع بالفعل " .

" هذا التعريف كان بصدد معالجة سيادته لجرمة الفعل الفاضح العلنى "

- والعلانية فى مجال القانون الجنائى قد تكون جريمة فى حد ذاتها وقد تكون ركنا فى جريمة وقد تكون عقوبة يحكم بها .

- وستقتصر فى دراسة العلانية على أنها عنصر من عناصر الركن المادى فى جريمة القذف .

- والعلانية هى وسيلة علم أفراد المجتمع بعبارات القذف بحيث لا يقوم القذف الا اذا كان الاسناد علنيا .

- ولقد أحال الشارع فى نص القذف الى المادة ١٧١ من قانون العقوبات لبيان الوسائل التى تتحقق عن طريقها علنية القذف وقد حددت الفقرات الثالثة والرابعة والخامسة من هذا النص طرق العلانية .

- والعلانية فى مجال جرائم التعبير عامة . وتدخل فيها جرائم

(٣) العلانية : لاشك أن العلم بخلجات النفوس وخواطر العقول وتقلبات القلوب وما تطرب به من استحسان واستهجان ورضاء وغضب وحب وحقد ليس فى مقدور البشر . ولذلك لا يمكن أن يكون للقانون سلطان على الفكر أو الرأى أو الشعور أو الإرادة حتى يعلنه صاحبه . فإذا اعلنه خرج عن أن يكون حديث نفس وأصبح سلوكا له أثره الخارجى وجاز أن يحاسب عليه أن كان مؤذيا .

- فاعلان الفكرة أو الشعور أو الإرادة هو الذى يفتح الباب للقانون لمحاسبة صاحبه لان اعلان الفكرة أو الشعور هو الذى يهين لها فرصة احداث اثرها فى المحيط الذى حصلت فيه .

- لذلك يمكن تعريف العلانية بأنها وصول المضمون النفسى أو قابلية وصوله الى مدارك الآخرين من أشخاص يصدق عليهم أنهم جمهور أفراد بدون تمييز .

- ويعرف الاستاذ الدكتور / رمسيس بهنام العلانية بأن معناها " أن يشاهد الفعل أحد من الناس أو يسمعه اذا كان المسمع يذل

يجوز أن يكون مجرد صوت له دلالة عرفية .

- ويتروپ على ذلك أنه لا يكفى ركن العلانية أن تكون العبارات المتضمنة للاهانة أو الفلذ قيلت فى محل عمومى بل يجب أن يكون ذلك بحيث يستطيع أن يسمعها من يكون فى هذا الملحل ، أما اذا قيلت بحيث لا يمكن أن يسمعها إلا من ألقبت اليه فلا علانية .

* " نقض ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية ج ٥ رقم ٣٩١ ص ٦٤٨ " .

- والمكان العام يميزه حق جمهور الناس فى ارتياده سواء كان ذلك على وجه دائم أم فى أوقات محددة وسواء أكان ذلك بغير قيد أو شرط أم كان بقيود وشروط محدودة .

- ويستمد القول صفته العلانية من طبيعته المكان الذى صدر فيه .
- والمكان العام أنواع ثلاثة بطبيعته وبالتخصيص وبالمصادفة .

- والمكان العام بطبيعته هو كل مكان يستطيع أى شخص فى أى وقت أن يدخل فيه أو يمر منه . سواء كان ذلك دون قيد أم كان

- ولقد نص الشارع على حالات ثلاثة للعلانية . علانية القول . وعلانية الفعل . وعلانية الكتابة ويضيف الدكتور أحمد فتحي سرور حالة رابعة هى العلانية عن طريق " التليفون " التى نصت عليها المادة ٣٠٨ مكرر من قانون العقوبات التى نصت على أن " كل من قلذ غيره بطريق التليفون يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها فى المادة ٣٠٣ " .

- وقد عبر الشارع عن حالات علانيته القول بأنه " يعتبر القول أو الصباح علنيا اذا حصل الجمهور أو ترديده باحدى الوسائل الميكانيكية فى محفل عام أو فى طريق عام أو أى مكان آخر مطروق أو اذا حصل الجمهور أو ترديده بحيث يستطيع سماعه من كان فى مثل ذلك المكان أو اذا أذيع بطريق اللاسلكى أو بأى طريقة أخرى " .

- ولقد أستعمل الشارع لفظى القول والصياح مسويا بينهما ليقرر أنه لا يشترط أن يكون ما صدر من الجانى هو الفاظ ذات دلالة فى لغة من اللغات وأنما

الكتاب الثالث من قانون العقوبات يسرد أطرافها على سبيل البيان لاعلى سبيل المحصر وعلى وجه أدق وأكمل مما ورد فى القانون الحالى " .

ولقد أستقر على ذلك قضاء محكمة النقض المصرىة فى أحكامها .

* " نقض ٢١ مارس سنة ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ج ٤ رقم ١٨١ ص ١٦٩ " .

* " نقض ٨ مايو ١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٤ رقم ٣٥٠ ص ٤٨٣ " .

* " نقض ٦ إبريئة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ص ٦ رقم ٣١٤ ص ١٠٦٨ " .

- والعلانية التى قررتها المادة ١٧١ عقوبات - علانية حكمية - بمعنى أن القانون يفترض تحققها بتحقيق طريقة من الطرق المنصوص عليها فى نص المادة ١٧١ عقوبات - أى أن القانون جعل تحقيق احدى الطرق التى نص عليها فى المادة ١٧١ من قانون العقوبات قرينة على تحقيق العلانية .

- وتكون العلانية فعلية . بالنسبة لما عدا تلك الطرق . إذ القانون لم يذكرها على سبيل المحصر كما سبق أن ذكرنا .

- والحالة الثالثة هي الاذاعة بطريق اللاسلكى أو بأى طريقة أخرى .

ولا يعدو اللاسلكى أن يكون وسيلة فنية لنقل الصوت واتاحة سماعه لأشخاص يوجدون فى مكان بعيد عن المكان الذى ينطق فيه المتهم القول أو يصدر عنه الصياح فيه .

- ولا يشترط استطاعة سماع القول أو الصياح فى مكان عام بل يكفى أن يستطيع الاستماع اليه من يوجدون فى أماكن خاصة ويرى الشارع ان العلانية تتحقق على الرغم من ذلك بالنظر الى تعدد الاشخاص الذين يتاح لهم الاستماع الى القول .

= والخلاصة أنه إذا توافرت طريقته من الطرق التى نص عليها القانون فى المادة ١٧١ عقوبات . اعتبرته قرينه على توافر صلة العلانية فى الفعل قانوناً :

" الطعن رقم ٢٢٤ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٠/٥/١١ ج ٢ ص ٦٩٣ مع الاحكام " " الطعن رقم ٢١٦٩ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٣/١/٢٩ ج ١ ص ٥٨ مع الاحكام "

- ونضيف الى الطرق التى نص عليها الشارع فى المادة ١٧١ عقوبات طريقه أخرى نص عليها

الاجتماع العام أى اجتماع عدد من الاشخاص لا ترتبط بينهم صلة خاصة . ولم يكن ثمة معيار خاص فى اختيارهم . وانما جمعهم فى مكان معين عوامل عارضة قد تتنوع مثل مناسبة دينية أو قومية أو اعتصام أو المشاركة فى عمل انقاذ . وهذا يقابل الاجتماع الخاص الذى يضم عدد من الناس ولو كان كبيراً وانما ترتبط بينهم رابطة خاصة .

- وأعتبر الشارع أيضاً علانية القول متحققاً إذا جهر المتهم بقوله أو صياحه أو ردهه فى مكان خاص ولكن بحيث يستطيع ان يسمعه من كان فى مكان عام . وقضى تطبيقاً لذلك بأن السب يعتبر علنياً " إذا حصل من المتهم فى بلكونه مظلة على الشارع العمومى على مسمع من المارين " .
" نقض ٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجمرعه أحكام النقض ١٨ رقم ٧٨ ص ٢٣٥ . "

= والقضى كذلك :

بأن " ألفاظ السب الصادرة من المتهم وهو داخل منزله تعتبر علنية إذا سمعها من يرون فى الشارع العمومى " .
" نقض ١٢ مايو سنة ١٩٥٢ مجمرعه أحكام النقض ٣ رقم ٣٦٤ ص ٩٢٥ . "

نظير أجر معين أو استبقاء شرط ما . فإذا جهر المتهم بالقول أو الصياح فى مثل هذا المكان توافرت له العلانية .

حتى ولو لم يكن موجوداً فيه أى شخص لانه قد ثبت للمكان صفة العمومية وهى قرينة على توافر العلانية .

- والمكان العام بالتخصيص هو مكان يباح للجمهور من الناس الدخول فيه خلال أوقات معلومة ويحظر ذلك فيما عدا هذه الاوقات . مثل المساجد والكنائس والمدارس . والمسارح . فإذا جهر المتهم بالقول والصياح فى مثل هذه الاوقات المحددة لدخول الجمهور فقد توافرت العلانية .

- والمكان العام بالمصادفة هو فى أصله مكان خاص . ولكن يباح للجمهور الناس بارتياح على وجهه عارض .

" نقض ١٩٨٠/٤/٢١ السند ٣١ ص ٥٤٥ . "

فإذا جهر المتهم بالتسول والصياح فى وقت ارتياح الناس لهذا المكان توافرت العلانية .

- ويعنى المحفل العام .

المتهم وكان نتيجة حتمية لعمله لا يتصور أنه كان يجهلها .

" - تقض ٢٢ مارس سنة ١٩٤٢ مجرمه القواعد ج ٣٦٧ " .

- اى يجب توافر شرطين حتى تتحقق العلانية وهما :-

الأول التوزيع والثانى ان هذا التوزيع كان بغير تمييز .

- ولا أهمية للكيفية التى حصل بها التوزيع سواء كان باليد أو فى مطروف مغلق أو مفتوح أو القاء المكتوب فى الطريق العام لكن يلتقط من يمر فى هذا الطريق .

" - تقض ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ مجرمه القواعد الثاثيرية ج ٣٥٩ ص ٦٠ " .

" تقض ٥ فبراير سنة ١٩٥٧ مجرمه أحكام التقض س ٢٧ رقم ١٢٢ " .

" تقض ٢٩ فبراير سنة ١٩٧١ مجموعة أحكام التقض س ٢٢ رقم ١٦٣ ص ٦٦٩ " .

- والأصل ان ارسال شكوى مكتوبة إلى إحدى الجهات القضائية أو الادارية المختصة لا يعتبر من قبيل التوزيع ولا تتوافر به العلانية لان ذلك يعتبر استعمالا لحق عام دستورى وهو حق مخاطبة السلطات عن طريق الشكوى أو تقديم العرائض .

" تقض ١١ مايو سنة ١٩٦٤ مجرمه أحكام التقض س ٢١٥ ص ٣٤٣ " .

من طرق التمثيل علنية اذا وزعت بغير تمييز على عدد من الناس أو اذا عرضت بحيث يستطيع ان يراها من يكون فى الطريق العام أو أى مكان مطروق أو اذا بيعت أو عرضت للبيع فى أى مكان " .

أى ان الطرق التى حددها النص والتى يعتبرها قرينه على توافر العلنية هى التوزيع والعرض للاظهار والبيع والعرض للبيع .

- ويقصد بالتوزيع : ان يطلع على المكتوب عدد من الناس بغير تمييز . أى اطلع على مضمونه جملة أشخاص يفهم من لا شأن له بموضوعة ولا ترتبط بصاحب المكتوب صلة خاصة تهر ان يكاشفه مضمونه . الامر الذى يؤكد أنهاء النية الى نشر فعوى المكتوب وإذاعته .

- والمقصود بالاطلاع الذى يحقق معنى التوزيع هو الاطلاع على المكتوب نفسه لا العلم المستفاد من سماع فعواه .

- ويكفى ان يكون المكتوب قد وصل الى عدد من الناس ولو كان قليلا سواء كان ذلك عن طريق تداول نسخة واحدة أو بوصول عدة صور ما دام ذلك لم يكن الا بفعل

فى المادة ٣٠٨ مكرر عقوبات وهى طريقه القذف عن طريق التليفون ، ولقد سوى الشارع بهذا النص بين القذف عن طريق التليفون والقذف عن طريق احدى وسائل العلانية التى جاءت فى عجز المادة ١٧١ ع . وأعتبر القذف عن طريق التليفون فى حكم القذف العلنى .

- ولقد نص الشارع فى الفقرة الرابعة من المادة ١٧١ ع على علانية الفعل والاياء وحدد ضابط العلانية للفعل والاياء فى قوله :

" يكون الفعل أو الاياء علنيا اذا وقع فى محفل عام أو فى طريق عام أو فى أى مكان آخر مطروق أو اذا وقع بحيث يستطيع رؤيته من كان فى مثل ذلك الطريق أو المكان " .

- والتى تحتاج الى توسع فى الشرح لكثرة ما تنبئة من مشاكل عملية هى

علانية الكتابة :-

نص الشارع على علانية الكتابة فى نصه :

" - وتعتبر الكتابة والرسوم والصور الشمسية والرموز وغيرها

- إلا إنه إذا أسيئ إستعمال هذه الرخصة واستخدمت كوسيلة للتشهير جرى عليها حكم القانون سواء فيما يتعلق بالقذف أو السب .

- ولقد قضت محكمة النقض المصرية :

" متى كان الحكم المطعون قد يتحدث عن ركن العلانية واستظهر الدليل على أن الطاعن قصد إذاعة ما نسبته الى المجنى عليه بما استخلصه الحكم من ان الطاعن تعدد ارسال شكواه الى عدة جهات حكومية متضمنة عبارات القذف والسب .

- ولما كان من المقرر أن استظهار القصد الجنائي في جريمة القذف والسب علنا من اختصاص محكمة الموضوع تستخلصه من وقائع الدعوى وظروفها دون معقب عليها مادام موجب هذه الوقائع والظروف لا ينتفى عقلا مع هذا الاستنتاج . فان الحكم اذا استخلص على النحو المتقدم قصد التشهير علنا بالمجنى عليه يكون قد دلل على سوء نية الطاعن وتوافر ركن العلانية بما يسوغ الاستدلال عليه وتنحسر عنه

دعوى القصور في التسبيب " .

" تلخ ٢١/٥/١٩٨٠ السنة ٣٦ ص ٦٥٥ .

- وقضت ايضا :

" يسأل مقدم الشكوى عن القذف اذا أعطى العلانية لشكواه دون مقتضى لذلك من اجراءات الشكوى ودون أن يكون من شأن تحقيق مصلحة مشروعة له . اذا يكون ذلك كاشفا عن اسامة استعمال حقّه . وانه لم يقصد مجرد رفع الظلم الذي نزل به . وانما قصد التشهير بشخص وايضا في شرهه " .

" تلخ ١٧ يولييه سنة ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ج٧ رقم ١٩٩ ص ١٨٥ .

" تلخ ٩ نوفمبر سنة ١٩٧١ مجموعة احكام النقض ص ٢٢ رقم ١٦٣ ص ٦٦٩ .

- والعرض للانظار : يعني

عرض المادة التي تحمل الكتابة بحيث يستطيع ان يراها من يكون في الطريق العام أو اى طريق أو مكان مطروق .

- ولا يشترط العرض مكان عام بل تتوافر العلانية ولو عرضت الكتابة في مكان خاص بحيث يمكن رؤيتها لمن يكون في الطريق العام .

- والبيع : في مدلوله القانوني هو نقل ملكية الشيء نظير ثمن . ويرد البيع على المادة التي تحمل الكتابة . أو ما في حكمها . ومجرد البيع يكفي لتحقيق العلانية ولو لم يعقبه تسليم وأنه يكفي ببلاته لتوافر العلانية ولو ورد على نسخة واحدة .

- ويجب أن يفسر البيع على أنه وسيلة علانية وهو ما يفترض حين يكون المبيع نسخة واحدة ان يكون لدى البائع نسخا أخرى وأنه على استعداده لبيعها لمن يدفع الثمن .

- وتطبيقا لذلك فان العلانية لا تتحقق بهذا الطريق (البيع) اذا باع المتهم من مكتبته الخاصة نسخة لا يمتلك سواها . او اذا باع المؤلف أصول كتابته لناشر . اذا لا تتوافر في نيه أطراف البيع . تداول هذه الاصول مباشرة .

- ويقوم مقام البيع العرض للبيع وهو طرح الكتابة ليشتره من يريد . ويعد عرض للبيع مجرد نشر الاعلان عن الكتابة في الصحف او ارسال نشرة عنه بالبريد أو ذكره في قائمة مطبوعات .

عناصر القصد الجنائي فى القذف .
وتبعاً لذلك فان حسن نية المتهم
بالقذف ليس من شأنه ان ينفى
القصد .

ـ ولا ينفىه أيضا استفزاز
المجنى عليه للجانى أو اعتذار
الجانى عن العبارات التى صدرت منه .

ـ ولقد قضت محكمة النقض
المصرية :-

" القصد الجنائي فى جرائم
القذف والسب والاهاانه يتحقق
مضى كانت الالفاظ الموجهه الى
المجنى عليه شائنه بذاتها ولا حاجة
فى هذه الحالة الى الاستدلال عليه
بأكثر من ذلك " .

" نقض جلسته ١٩٣٢/١/٦ طعن رقم ٥٢
سنة ٢٧ " .

" نقض جلسته ١٩٥٥/٥/٣٠ طعن رقم
٤١٣ سنة ٢٥ " .

ـ وقضت أيضا :

" لا يتطلب القانون فى جريمة
القذف قصداً خاصاً . بل يكفي
بتوافر القصد العام الذى يتحقق
من نشر القاذف الامور المتضمنة
للقذف وهو عالماً أنها لو كانت
صادقه لأوجبت عقاب المذلف أو
احتقاره . ولا يؤثر فى توافر هذا
القصد ان يكون القاذف حسن

فى حضرة المجنى عليه . بل ان
اشتراط توافر العلانية فى جرميتى
القذف والسب العلنى فيه ما يدل
بوضوح على ان الصلة التى شرع
العقاب من أجلها لم تكن مواجهه
شخص المجنى عليه بما يؤلّه
ويتأذى به من عبارات " القذف
والسب وانما هى " .

" ما يصاب به المجنى عليه من
جاء سماح الكافه عنه ما يشينه
فى شرفه واعتباره . "

" وهذه الصلة تتحقق بمجرد
توافر العلانية ولو لم يعلم المجنى
عليه بما روى به " .

" نقض ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٩ مجسده
التواعد القانونيه ج ٤ رقم ٤٢١ ص ٥٨٩ " .

الركن المعنوي : القصد الجنائي :

ـ القذف جريمة عمدية فى كافة
حالاته . ولقد استند القضاء على
أعتبار القصد المتطلب قصداً عاماً
وتصرف عناصر القصد الى جميع
أركان الجريمة : فيتعين أن يعلم
المتهم بدلالة الواقعة التى يستند
الى المجنى عليه . ويتعين أن يعلم
بعلانية هذا الاسناد ويتوافر لديه
إرادة الإسناد وإرادة العلانية .

ـ وينبنى على ذلك ان نية
الأضرار بالمجنى عليه ليس من

ـ ويجب التنويه الى أن
ما سبق هو الطرق التى نص
عليها الشارع فى عجز المادة
١٧١ عقوبات . وهى جاءت على
سبيل التمثيل وليس على سبيل
الحصر . وتحقق بتوافرها (قرينة)
العلانية الحكيمه .

ـ ولا يمنع ذلك من أن
يستخلص قاضى الموضوع توافر
العلانية (الفعلية) من طرق
أخرى غير منصوص عليها فى
عجز المادة ١٧١ عقوبات متى
توافر عنصرى العلانية وهما
الاذاعة وثبوت قصد العلانية أو
الاذاعة .

ـ كما يجب التنويه أيضا الى
ان الشارع لم يشترط صدور
عبارات القذف والسب فى حضور
المجنى عليه . بل انه لم يشترط
علمه بذلك . لان الشارع كما
سبق ان ذكرنا لم يستهدف من
العقاب على على القذف حماية
شعور المجنى عليه من أن تهرجه
عباراته وانما هدفه حماية مكانته
الاجتماعية . وفى هذا قضت
محكمة النقض المصرية :

" ان القانون لا يوجب للعقاب
على القذف والسب ان يقع أيهما

كان القصد منه مجرد التشهير
بالمشكول للنيل منه .

* جلسته ١٩٤٦/٦/١٧ طعن رقم ١٧٢٥
من ١٦ ق .

* الطعن رقم ١٧٩ لسنة ٥٠ ق جلسته
١٩٤٦/١١/١٨ من ٣٧ ق ١٦٠ من ١٤٣ *

وأى الباحث

يزرى الباحث :-

أولاً :- تعديل نص المادة ١٨٤
من قانون العقوبات بإدخال جميع
الكليات التى لها شخصية
اعتبارية ليشملها نص ١٨٤
بالحماية الجنائية .

ثانياً :- التوسع فى حماية
سمعة الهيئات والتنظيمات
المختلفة بالحماية الجنائية .

ثالثاً :- النص فى قانون
الإجراءات الجنائية فى الفصل
الثانى من الباب الاول على أن
تكون النيابة العامة هى الممثلة
القانونية لاي تجمع أو تنظيم أو
هيئة ليست لها الشخصية
الاعتبارية أمام المحاكم بالنسبة
لجرائم الإعتداء على الحق فى
السمعة والشرف والاعتبار .

(وللبحث بقية)

= وقضت ايضا :

" من المقرر أن مجرد تقديم
شكوى فى حق شخص الى جهات
الاختصاص وإسناد وقائع معينة
إليه لا يعد كذفاً معاقباً عليه
مادام القصد منه لم يكن الا التبليغ
عن هذه الوقائع لا مجرد التشهير
والنيل منه " .

* الطعن ٦٤٠ لسنة ٤١ ق جلسته
١٩٧١/١١/٢٩ من ٣٧ ق ١٦٣ من ٦٦٩ *

= وقضت ايضا :

" إن إسناد واقعة جنائية الى
شخص لا يصح العقاب عليه إذا
لم يكن القصد منه الا تبليغ
جهات الاختصاص عن هذه
الواقعة . اذ أن التبليغ عن الجرائم
حق بل فرض على كل فرد " .

* جلسته ١٩٤٥/٢/٢٩ رقم ٦٠٠ لسنة ١٥ ق

= وقضت ايضا :

" ان مجرد تقديم شكوى فى
حق انسان الى جهات الاختصاص
وادلاء مقدمها بأقواله أمام الغير
لا يمكن اعتباره كذفاً عالياً إلا إذا

النية أى معتقدا صحة ما روى به
المجنى عليه من وقائع القذف ،
وهذا العلم مفترض اذا كانت
العبارات موضوع القذف شائعة
بذاتها ومتنوعة .

* نقض جلسته ١٩٥٩/٣/٢٤ الطعن رقم
١٣٦٣ لسنة ٢٨ ق من ١٠ من ٣٤٨ *

= وقضت ايضا :

" ما نشرته الجريدة من أن
شابين اقتحما على المجنى عليه -
وهو محام - مكتبه وكلفاه
بزجاجات الكروكاولا وانها لا
عليه ضربة بالعصى الغليظة ثم
أمرأ به بخلع ملابسه فوق عاريا .
ثم أوثقاه من يديه ورجليه بحزام
من جلد - ما نشر من ذلك هو
بلا شك ينطوى على مساس
بكرامة المجنى عليه ويحط من
قدره واعتباره فى نظر الغير
ويدعو الى احتقاره من مخالطيه
ومن يعاشروهم فى الوسط الذى -
يعيش فيه - وتتوافر به جريمة
القذف كما هى معروفة به فى
القانون .

* الطعن رقم ٦٢١ لسنة ٣١ ق جلسته
١٩٧٢/١/١٩ من ١٣ ص ٤٧ *

دراسة

في صدد إسناد الفصل في صحة عضوية
أعضاء مجلس الشعب إلى المحكمة الدستورية العليا

السيد الاستاذ
محمود رضا أبو قمر
المحامي

تقديم وتقسيم

أول ما يلفت النظر - هنا -
إن المسألة الأساسية في صدد
إختصاص الفصل في صحة
عضوية أعضاء مجلس الشعب
كانت وما تزال محل جدل
فقهي ، وتفرقت بشأنها الرأي ،
كما تبانت - في هذا
الخصوص - اتجاهات القضاء .

ومرد ذلك كله إلى إختلاف
وجهات النظر في تفسير نص
المادة ٩٣ من دستور ١٩٧١
الذي يحكم في الظاهر هذه
المسألة ، وأدى هذا الخلاف إلى
عدم ضبط حدوده في الخصوص
والمدى ، وأسفر ذلك عن تباين
وجهات النظر ، بل وإحتدم
الجدل - في هذا الصدد - في
الأونة الأخيرة بصورة لم يسبق
لها مثيل من قبل .

وإزاء هذا التباين والخلاف ،
وحسباً لما قد ينشأ في المستقبل
فإننا نناقش هنا مسألة إسناد

الفصل في صحة العضوية
لأعضاء مجلس الشعب إلى
المحكمة الدستورية العليا ، إذ
أن المسألة في حقيقتها وجوهرها
- لا تخرج عن كونها تفسيراً
للتصوص الحاكمة للمسألة
المعروضة ، وهو ما تختص به
هذه المحكمة طبقاً للدستور ،
وباعتبار أن تفسيرها لتصوص
التشريع ملزمة للكافة .

وفي ضوء ما تقدم ، تنقسم
دراستنا - في هذا الصدد -
على النحو التالي :-

أولاً: حدود المسألة المعروضة
والتصوص التي تحكمها .

ثانياً: اتجاهات إنقضاء في
هذا الصدد .

ثالثاً: مناقشة مسألة إسناد
الفصل في صحة العضوية إلى
المحكمة الدستورية العليا .

وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً: حدود المسألة المعروضة
والتصوص التي تحكمها:

أورد دستور سنة ١٩٧١ -
في الفصل الثاني تحت عنوان .
السلطة التشريعية لمجلس الشعب
في المادة ٩٣^(١) منه على أن :

" يختص المجلس بالفصل
في صحة عضوية أعضائه
وتختص محكمة النقض بالتحقيق
في صحة الطعون المقدمة إلى
المجلس بعد إحالتها إليه من
رئيسه . ويجب إحالة الطعن إلى
محكمة النقض خلال ١٥ يوماً
من تاريخ علم المجلس به ،
ويجب الإنقضاء من التحقيق
خلال تسعين يوماً من تاريخ
إحالته إلى محكمة النقض ،

وتعرض نتيجة التحقيق
والرأي الذي إنتهت إليه
المحكمة على المجلس للفصل
في صحة الطعن خلال ستين
يوماً من تاريخ عرض نتيجة
التحقيق على المجلس ، ولا تعتبر

ثانياً: اتجاهات القضاء في هذا

الصدد:

بادئ الرأي ، أن غاية ما تهدف إليه هنا ، هو تحديد اختصاص القضاء الإداري بنظر الطعون غير المتعلقة بصحة العضوية واختصاص مجلس الشعب بالفصل في صحة العضوية وما يتصل به من طعون .

ويتقضى اتجاهات القضاء الإداري - في هذا الصدد - بين أنه يستقر على أن القرارات الإدارية الصادرة في شأن عملية الانتخابات كأصل عام ويحكم تكييفها الصحيح ليست عملاً تشريعياً أو برلمانياً مما ينهض به البرلمان ، وإنما هي من الأعمال الإدارية التي تباشرها جهة الإدارة بهذه العملية أو في الرقابة القضائية على سلامة قراراتها الصادرة في شأنها ما يعنى مساساً باختصاص البرلمان أو إنتقاصاً لسلطانه ، وذلك أن البرلمان لا يتأثر حقيقة بشئون أعضائه ومصارفهم إلا بعد أن تثبت غشويتهم الصحيحة فيه . كما وإن الفصل في

إدارية ذات اختصاص قضائي

ولقد أورد الدستور في المادة ١٧٢ منه على اختصاص مجلس الدولة بالفصل في المنازعات الإدارية . ويعتضى هذا النص أحضى مجلس الدولة صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات الإدارية .

وإنه ولئن كان الأصل أن مجلس الدولة يختص بنظر المنازعات السابقة على ثبوت العضوية ، إلا أنه ليس هناك معيار منضبط يبين ما هية المرحلة السابقة أو اللاحقة على ثبوت العضوية . وهو ما تباينت بشأنه اتجاهات القضاء .

وفي ضوء ما تقدم ، تبدو حدود المسألة المعروضة ، وهي حدود غير واضحة المعالم ، وتتداخل فيها الإختصاصات وتباين فيه وجهات النظر وهو ما دفعنا إلى طرح مناقشة فكرة إسناد الفصل في صحة العضوية إلى المحكمة الدستورية العليا . وعلى التفصيل الآتي في موضعه .

العضوية باطلة إلا بقرار يصدر بأغلبية أعضاء المجلس .

والمستفاد من هذا النص أن دستور ١٩٧١ منحه المجلس النيابي سلطة الفصل النهائي في صحة العضوية وينحصر دور القضاء في هذه الحالة على مجرد القيام بالتحقيق بناء على طلب المجلس النيابي ودون أن يكون للنتيجة التي ينتهي إليها تحقيق القضاء أى إلزام بالنسبة للمجلس .

إلا أن الأمر لا يؤخذ بهذه البساطة ، كما أن ثبوت العضوية لعضو المجلس ، تمر بمراحل ، ولكل مرحلة فيها ذاتية خاصة ، وتنتهي بإعلان نتيجة الانتخابات ، بوصفها المرحلة الختامية والأخيرة وبها تثبت العضوية .

ولا خلاف في أن مجلس الشعب - طبقاً لصريح نص الدستور - يختص بالفصل في صحة العضوية لأعضائه بعد ثبوت العضوية ، أما في المرحلة السابقة عليها ، فإن مدارها صدور قرارات إدارية من جهات إدارية أو جهات

القرارات الإدارية الصادرة في شأن الطعون الانتخابية ، في أصل طبيعته محض اختصاص قضائي لا يفتقر في غيره من الاختصاصات القضائية ومقتضى ما تقدم إن القرارات الإدارية الصادرة في شأن عملية الانتخاب لا تنأى من الرقابة القضائية أو تتسلخ عنها إلا في حدود ما قد يقضى به أو يفرضه نص صحيح قائم^(١).

وتفريعاً على ما تقدم ، فإن القرارات الإدارية السابقة على ثبوت العضوية البرلمانية - ومن بينها قرار وزير الداخلية بإعلان نتيجة الانتخابات - أسند اختصاص بالتعقيب عليها إلى مجلس الدولة بحكم اختصاصه الأصيل بالفصل في المنازعات الإدارية الثابتة له بنص المادة ١٧٢ من الدستور وما قول بصريح نص البند ثامناً من المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في الطعون التي ترفع من القرارات النهائية الصادرة من جهات إدارية لها اختصاص قضائي . ولا سبيل بعدئذ إلى أن يقلت هذا القرار من الرقابة القضائية

أو أن ينأى به عن قاضيه الطبيعي أو إلى أن يخلط بينه وبين طعون صحة العضوية التي اختص مجلس الشعب بالفصل فيها والتي تتوجه أساساً إلى نتيجة الانتخابات وما انطوت عليه من إعلان إرادة الناخبين وأن أتوسط أحياناً وبطريق التبعية على ما يعاق من ذلك أو يسبقه من الإجراءات التي لا غنى عنها في التمهيد ليوم الانتخاب ومقتضياته .

ولقد إنتهت المحكمة الإدارية العليا^(٢) حديثاً أن اختصاص الموقوف لمجلس الشعب منوط بتقديم طعن في صحة عضوية أحد أعضائه أو طعن بإبطال إنتخابه ، ولا يكون الطعن كذلك إلا إذا كان ينص أساساً على بطلان عملية الانتخاب ذاتها ، أى ما يتعلق مباشرة بإرادة الناخبين والتعبير عنها ، بحسبان أن كل ما يتعلق بالإرادة الشعبية في عملية الانتخاب يتعين أن يترك الفصل فيه للمجلس الشعبي الممثل لهذه الإرادة ، وذلك تطبيقاً لمقتضيات مبدأ الفصل بين السلطات . أما حيث

ما يتعلق الطعن بقرار صدر عن جهة الإدارة في مرحلة من مراحل العملية الانتخابية أو بعد إنتهائها ، تعبر فيه عن إرادتها كسلطة إدارية أو سلطة عامة ، وهى بصدد الإشراف على العملية الانتخابية أو إعلان نتيجتها وتطبيق أحكام القانون المنظم لها والمبين للقواعد والإجراءات والشروط والمعايير الخاصة بالتشريع والانتخاب وإعلان نتيجته ، فإن الاختصاص بنظر هذا الطعن في مثل هذه الحالات يظل معقوداً لمحاكم مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بإعتباره القاضى الطبيعي في المنازعات الإدارية طبقاً لحكم المادة (١٧٢) من الدستور والمادة (١٠) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، ولا وجه بعدئذ لأن يقلت هذا القرار من الرقابة القضائية أو أن ينأى عن قاضيه الطبيعي أو أن يخلط بينه وبين طعون صحة العضوية التي إستأثر مجلس الشعب بالفصل فيه ، ولا معنى مجرد إعلان نتيجة الانتخاب ما يسفر عنه من إعلان أسماء

بالفصل في صحة عضوية أعضائه ، إنما هي تلك الطعون التي تنصب أساساً على بطلان عملية الانتخاب ذاتها والتي تتمثل في معناها الغنى الدقيق في عمليات التصويت والفرز وإعلان النتيجة طبقاً لأحكام القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٥٦ بتنظيم مباشرة الحقوق السياسية المعدل بالقانون رقم ٢٠٢ لسنة ١٩٩٠ وبصفة خاصة لأحكام المادتين ٣٦، ٣٧ ومن ثم يكون الطعن على أية مرحلة من تلك المراحل المتتابعة التي تختم بها العملية الانتخابية ، بالمعنى الدستوري والقانوني ، الغنى الدقيق على النحو المشار إليه من إختصاص مجلس الشعب وحده بمباشرة أعمالاً لفرض حكم المادة (٩٣) من الدستور المشار إليه ، وعلى الوجه المنصوص عليه فيها ، أي ما يكون وجه هذا المعنى أو أساسه.

وهذا النظر للمحكمة يمثل عدولاً عن إيجابها السابق المتمثل في بسط مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بنظر الطعون في القرارات الصادرة عن جهة الإدارة في مرحلة من مراحل

في أنزال رقابة المشروعية المقررة لها في حدود هذه الولاية وهذا الإختصاص .

وأضافت المحكمة أن الدستور قد نص في المادة (٩٣) بالفصل الثاني منه بشأن مجلس الشعب على أن يختص المجلس بالفصل في صحة عضوية أعضائه ، وتختص محكمة النقض بالتحقيق في صحة الطعون المقدمة إلى المجلس بعد إحالتها إليه من رئيسه ويجب إحالة الطعن إلى محكمة النقض خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم المجلس به .. وتعرض نتيجة التحقيق والرأي الذي إنتهت إليه المحكمة على المجلس للفصل في صحة الطعن خلال ستين يوماً من تاريخ عرض نتيجة التحقيق على المجلس ولا تعتبر العضوية باطلة إلا بقرار يصدر بأغلبية ثلثي أعضاء المجلس ومفاد حكم هذه المادة على ما جرى به من قضاء هذه المحكمة إن الطعون التي تختص محكمة النقض بتحقيقها ، في إطار الإختصاص المقرر دستورياً لمجلس الشعب وحده

الفائزين بالعضوية ، نزع إختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر الطعون في القرارات الإدارية المشار إليها والمحدد لها في القانون ، إذ لا يعدل هذا الإختصاص إلا بقانون

ومع ذلك ، فقد تبنت المحكمة الإدارية العليا - في حدود إنتخابات مجلس الشعب الأخيرة عام ١٩٩٠^(٤) إتجاهاً جديداً في شأن المسألة المعروضة إذ قضت أن مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري ، عملاً لحكم المادتين ٦٨ و١٧٢ من الدستور صاحب الولاية العامة بقصر المنازعات الإدارية وقاضيه الطبيعي ، إلا إنه متى قضى الدستور أو القانون في الحالات التي يجوز فيها ذلك يجعل الإختصاص بنظر نوع معين من هذه المنازعات لجهة أخرى فإنه يتعين على محاكم مجلس الدولة عدم التحول على هذا الإختصاص ، بذات قدر وجوب حرصها على أعمال إختصاصها المقرر لها طبقاً لأحكام الدستور والقانون ، وعلى هذه المحاكم أداء رسالتها

المطلقة لأحد المرشحين في الدائرة أعيد الانتخاب بين الأربعة الحاصلين على أكبر عدد من الأصوات ، على أن يكون نصفهم على الأقل من العمال والفلاحين ، وفي هذه الحالة يعلن انتخاب الاثنين الحاصلين على أعلى الأصوات بشرط أن يكون أحدهما على الأقل من العمال والفلاحين .

ومؤدى هذا النص ، إنه يشترط لانتخاب عضو مجلس الشعب أن يحصل على الأغلبية المطلقة لعدد الأصوات الصحيحة التى أعطيت فى الانتخاب أو بمعنى آخر (نسبة ٥٠٪ + ١) ، فإذا لم تراعى اللجنة هذه النسبة ، أو طبقت النص على غير وجهه الصحيح ، فإن قرار اللجنة - والحالة هذه - يكون قد صدر بالمخالفة للقانون يدخل فى اختصاص ولاية مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى ، وليس من قبيل الطعون فى صحة العضوية ولما كان الخيار الذى تبتته المحكمة الإدارية العليا لم يدرك هذه الحالة فإنه يكون قد شابه القصور مما يجعله غير صحيح

(ولا: إن الحكم أعتبر الطعون التى تنصب على بطلان عملية الانتخاب والتى تتمثل فى عمليات التصويت والفرز وإعلان النتيجة من قبيل الطعون فى صحة العضوية ، فهذا النظر يخالف الواقع . ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (١٥) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٢٠١ لسنة ١٩٩٠ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب على أن ، " ينتخب عضو مجلس الشعب بالأغلبية المطلقة لعدد الأصوات الصحيحة التى أعطيت فى الانتخاب ، فإذا كان المرشحان الحاصلان على الأغلبية المطلقة من غير العمال والفلاحين ، أعلن انتخاب الحاصل منهما على أكبر عدد من الأصوات وأعيد الانتخاب فى الدائرة بين المرشحين من العمال والفلاحين اللذين حصلوا على أكبر عدد من الأصوات ، وفى هذه الحالة يعلن انتخاب الحاصل منهما على أكبر عدد من الأصوات . وإذا لم تتوافر الأغلبية

العملية الانتخابية أو بعد إنتهايتها تعبر فيه عن إرادتها كسلطة إدارية أو سلطة عامة وهى بصدد الإشراف على العملية الانتخابية أو إعلان نتائجها .. والإختصاص بنظرها يظل معقوداً لمحاكم مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى بإعتباره القاضى الطبيعى ، فى حين أن الإتجاه الحديث الذى إتبعته المحكمة الإدارية العليا يحيد من إختصاص مجلس الدولة ، ويزيد بالمقابل من إختصاص مجلس الشعب إذ عهد إليه بنظر الطعون فى المراحل السابقة ، والتى تنبذ فيها سلطة الإدارة واضحة وظاهرة ، والتى قد تصدر بالمخالفة لحكم القانون والتى تدخل فى إختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى ، وذلك فى محاولة لإيجاد معيار منضبط يفصل بين إختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى وإختصاص مجلس الشعب فى صدد المسألة المفروضة إلا أن هذا المعيار غير دقيق على إطلاقه للأسباب الآتية :

على الإطلاق .

ثانياً : ولا يغير من النظر المتقدم ، القول بأن القانون الجديد المشار إليه وقد أعاد نظام الانتخاب الفردي ألغى نظام الانتخاب بالقائمة النسبية . بما مؤداه إلغاء اللجنة الرئيسية المشكلة بقرار وزير الداخلية والتي مهمتها حصر الأصوات التي حصل عليها كل حزب على مستوى الجمهورية بتحديد الأحزاب التي تمثل في مجلس الشعب وبيان المرشح الفائز بالمقعد الفردي في كل دائرة وتوزيع المقاعد الخاصة بالقوائم الحزبية - وهي بحسب طبيعتها وعلى ما إنتهى إليه قضاء المحكمة الإدارية العليا من القرارات الإدارية التي تدخل في الإختصاص المقرر لمجلس الدولة ، ذلك وإنه ولنسن كانت طبيعة عمل اللجنة الثلاثية المشار إليها تباير طبيعة عمل اللجنة العامة في القانون الجديد إلا أن الإختلاف في الطبيعة وليس في الدرجة ، ومؤدى ذلك أن اللجنة العامة إذا ما خالفت حكم القانون على الوجه السابق بيانه، فإن قرارها .

في طبيعته قرار إداري - يدخل في الإختصاص المقرر لمجلس الدولة بهيئة قضاء إداري باعتبار القاضي الطبيعي للمنازعات الإدارية .

ولما كان ذلك كذلك . فإنه كان يتعين على المحكمة الإدارية العليا ، إذا ما ارتأت الوجه السابق ، العدول على إتجاهها السابق أن تعمل حكم المادة ٥٤ مكرراً من قاعدة مجلس الدولة التي تقضى بأنه إذا تبين لأحدى دوائر المحكمة الإدارية العليا عند نظر أحد الطعون أنه صدرت منها أو من إحدى دوائر المحكمة أحكام سابقة يخالف بعضها البعض أوارث المعدول على مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة صادرة من المحكمة الإدارية العليا ، تعين عليها إحالة الطعن إلى هيئة تشكلها الجمعية العامة لتلك المحكمة في كل عام قضائي من أحد عشر مستشاراً برئاسة رئيس المحكمة أو الأقدم فالأقدم من نوابه .

وفي ضوء ما تقدم ، فإن

الإتجاه الحديث للمحكمة الإدارية العليا مازال في بدايته ، ولم يرسخ بعد ، بل ومحل نظر . وهو ما يتعين النظر إليه بحذر شديد ، في ضوء الإعتبارات المتقدمة وإذا كان ما تقدم يمثل إتجاه تطور القضاء الإداري - في المسألة المعروضة ، إلا أن هيئة قضايا الدولة - التي تنوب عن الحكومة في مباشرة الدعاوى والطعون العامة المقامة من ضد الحكومة - في تفسير المادة ٩٣ من الدستور - لها وجهة نظر في تفسير المادة ٩٣ من الدستور^(١) ومفادها إن مجلس الشعب هو الذي يختص وحده في الفصل في صحة عضوية أعضائه بعد تحقيق تجربة محكمة النقض طبقاً لنص المادة ٩٣ من الدستور والمادة ٣٨ من قانون مجلس الشعب رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ ، وأضافت أنه لا يجوز التحدث بأن قرار إعلان النتيجة يعتبر من عداد القرارات الإدارية التي يختص بنظرها مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري . ذلك إن مجرد إعلان نتيجة الإنتخابات تنفسم علاقة الجهة الإدارية

بالعملية الانتخابية ، ويصبح مجلس الشعب وحده هو صاحب السلطة الكاملة في الفصل في أية طعون تـس عضوية أعضائه وذلك ضماناً لإستقلال السلطة التشريعية وهو ضمان دستوري يتحقق معه مبدأ الفصل بين السلطات لدرجة أن الدستور حرص على النص في المادة ٩٣ - على أن الإحالة إلى محكمة النقض في هذا الشأن هو لمجرد التحقيق وليس لها أن تفصل في صحة العضوية وأعطى هذا الحق لمجلس الشعب وحده وإشترط لإسقاط العضوية أغلبية أعضاء ، ولا شك أن تصدى القضاء الإداري للفصل في الطعون الانتخابية يحدوده نص المادة ٣٠ من قانون مجلس الشعب والمادة ٩٣ من الدستور ، إذ لا يبقى ثمة طعون إنتخابية بعد ذلك ، يختص مجلس الشعب بنظرها بعد التحقيق الذي تجر به محكمة النقض .

كما أضافت أن المادة ٩٣ من الدستور وضعت أسس هذا النظام وتكفلت بنصوص قانون مجلس الشعب ولائحته الداخلية ببيان تفصيلاته وجميعها تجعل

لمجلس الشعب وحسده الإختصاص المطلق الشامل في الفصل في كل ما يتعلق بصحة عضوية أعضائه والطعون المتعلقة بإنتخابهم ودون أن يشاركه في سلطة الفصل فيها إية جهة قضائية أخرى وأختصاصه في ذلك يشمل العملية الإنتخابية برمتها من بدايتها إلى نهايتها ، وكل مراحلها المختلفة التي تندمج جميعها لتصير جميعها مراحل في عملية واحدة ، سواء تعلق الطعن الإنتخابي بالإرادة الشعبية للناخبين أو بمخالفات قانونية وقعت في أعمال اللجان المختلفة التي تشرف على أعمال الإنتخابات ، بل وحتى ما تعلق فيها بالأخطاء المادية وبالتالي فإن القول بإختصاص مجلس الدولة بالمنازعات التي تثور في مرحلة من مراحل العملية الإنتخابية لأعضاء مجلس الشعب أو بالنسبة لقرار إعلان نتيجة الإنتخابات ، وسواء كان مرجع المنازعة مخالفة القانون أو غير ذلك ، إنما هو قول يمثل اعتداء صارخاً على أحكام الدستور والقانون وينطوى على

غضب ظاهر لإختصاص مجلس الشعب ، ومحاولة طائفة لتوسيع إختصاص مجلس الدولة على حساب السلطة التشريعية في أمور حسمت بموجب الدستور ، بل وطبقاً لقانون مجلس الدولة ذاته الذي حدد الإختصاص بالفصل في موضوع الطعون الإنتخابية المتعلقة بإنتخابات الهيئات المحلية (المجالس المحلية) وحدها دون غيرها ، ومن ثم لا تكون محاكم مجلس الدولة مختصة على أى وجه من الوجوه بالمنازعة الراهنة وإنتهى رأى هيئة قضايا الدولة إلى أن النصص الدستورية والقانونية جاءت جريمة واضحة في إسناد كافة الطعون الإنتخابية ومسائل الفصل في صحة العضوية إلى مجلس الشعب ، وهى في ذلك وردت عامة ومطلقة وشاملة لكافة أنواع الطعون المتعلقة بإنتخابات مجلس الشعب دون أن تفرق بين طعن وآخر أو بين سبب وآخر من أسباب الطعن بإعتبار إنها جميعاً تـس العملية الإنتخابية وتتعلق بها ، وبالتالي يكون الفصل بها للمجلس النيابي بقرار برلماني

دون أن تشاركه في ذلك أية جهة قضائية أخرى . وهذا النظر محل فقد كل تقدر على التفصيل الآتي :

ثالثاً : مناقشة في صدد إسناد الفصل في صحة العضوية إلى المحكمة الدستورية العليا :

يجدر بنا - في هذا المقام - أن نعرض ولو بإيجاز لإختصاصات المحكمة الدستورية العليا .

أورد دستور ١٩٧١ في الفصل الخامس من الباب الخامس النص على المحكمة الدستورية العليا وبيان إختصاصاتها فلقد نصت المادة ١٧٥١ من الدستور على أن :

" تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون .

ويعين القانون الإختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها . وفي ضوء هذا النص

الدستوري ، ونزولاً على أحكامه ومقتضاه . أصدر المشرع القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا .

وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون إنه لما كانت سيادة القانون تستوجب مراجعة عدم خروج القوانين واللوائح على أحكام الدستور بإعتباره القانون الإسمى ، ضمناً لإلتزام الدولة بإمكانه فيما يصدر عنها من قواعد تشريعية ، فقد خصص الدستور فصلاً مستقلاً للمحكمة الدستورية العليا في الباب الذي يعالج نظام الحكم نص فيه على أنها هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها تتولى دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، كما تتولى تفسير النصوص التشريعية ، مؤكداً بذلك هيمنة هذه الهيئة القضائية العليا على ترتيب دعائم المشروعية ، وصيانة حقوق الأفراد وحررياتهم .

وإذا ما نظرنا إلى إختصاصات هذه المحكمة نجد أن المادة

(٢٥) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المشار إليه قد حدد إختصاصات المحكمة على الوجه التالي :

" تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي :

(أولاً) : الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح .

(ثانياً) : الفصل في تنازع الإختصاص بين جهات القضاء المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الإختصاص القضائي ، وذلك إذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منهما ، ولم تتخل إحداها عن نظرها ، أو تخلت كلاهما عنها .

ثالثاً : الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادراً إحداهما من أية جهة من جهات القضاء ، أو هيئة ذات إختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها .

وقضت المادة (٢٦) منه إختصاص بتفسير نصوص القوانين والصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين

الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور .

وإذا ما استعرضنا الإختصاصات المتقدمة للمحكمة الدستورية العليا ، نجد أنه من بين إختصاصاتها تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور . وهذا الوجه من إختصاصات المحكمة الذي يهمن في هذا الصدد - بإعتباره سदनنا فيما نذهب إليه في هذا الخصوص .

وإنه - وبإعارة ما سبق - أن المسألة الأساسية محل البحث ، وهي الفصل في صحة عضوية أعضاء مجلس الشعب ، تفرق الرأي في شأنها بين إقهاين - مدارهما تفسير نص المادة ٩٣ من الدستور - وهما :

الأول : وهو إقهاه تنهه القضاء الإداري على التفصيل السابق ويقوم على أساس إختصاص القضاء الإداري بنظر الطعون التي لا تنصب على عمليات التصويت والفرز وإعلان النتيجة - مع مراعاة

تعليقنا السابق في هذا الشأن .

الثاني : يقوم على أساس إختصاص مجلس الشعب بالفصل في صحة عضوية أعضائه والطمعون المتعلقة بإنتخابهم ودون أن يشاركه في سلطة الفصل فيها أية جهة قضائية .

والواضح مما تقدم أن المسألة محل البحث ، ليست سهلة كما يتوقع البعض ، بل كثير صعوبات في التطبيق .

ونناقش هنا هذه المسألة في ضوء ما تقدم . ثم نعقب على ذلك برأينا .

ومقطع النزاع في المسألة المطروحة ، يتحدد في بيان مفهوم الطعن في صحة العضوية التي يختص بالفصل فيه مجلس الشعب طبقاً لنص المادة ٩٣ من الدستور . وإذا ما تحدد هذا المفهوم بدقة ، فإنه ويفهم المخالفة تخرج ما عداه من منازعات متعلقة بالعملية الإنتخابية ويختص بالفعل فيها القاضي الطبيعي لنظر تلك المنازعات .

بادئ الأمر إن الطعن الإنتخابي ينصب على التأكد من مدى توافر الشروط التي يتطلبها القانون في العض وقت الإنتخاب بغية الإطمئنان إلى سلامة التعبير عن إرادة الناخبين من أية شائبة من إكراه مادي أو معنوي أو غش أو تدليس أو تزوير العملية الإنتخابية (٦) وقد أكدت محكمة القضاء الإداري هذا المعنى بقولها (٧) إن الطعن الإنتخابي إنما ينصب في حقيقته ومبناه على التلاعب في تذاكر الإنتخاب إذ أن عملية الإنتخاب قد أفسدها ما ساد جوها الإرهاب ، وعدم الطمأنينة بحيث لا يمكن الجزم بأن نتيجة الإنتخابات هي مرآة صادقة للتعبير عن إرادة الناخبين . وقد أسند الفصل في صحة العقوبة أو الطعون الإنتخابية إلى مجلس الشعب ذاته بنص المادة ٩٣ من الدستور والمادة ٢٠ من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ وقد بيئت إجراءاته اللاتحة الداخلية لمجلس الشعب وبالتالي تنأى المنازعة فيه عن إختصاص مجلس الدولة بصريح النص (٨) .

نفسه وإن دور محكمة النقض يقتصر على القيام بالتحقيق في الطعن وتقديم تقرير عنه لمجلس الشعب ، وليس للتقرير الذي المحكمة أى أثر على صحة العضوية . وإنما يرجع الأمر فى النهاية إلى المجلس وحده الذى له الحق منفرداً فى أن يقرر صحة العضوية أو يقرر إعتبار العضوية باطلة ، وفى حالة تقرير صحة العضوية تكفى أغلبية الأعضاء . أما فى حالة تقرير بطلان العضوية فيشترط موافقة ثلثى أعضاء المجلس .

ومؤدى ذلك أن دور محكمة النقض - فى صدد تفسير المادة ٩٣ يقتصر على إجراء التحقيق فحسب ، وإن القول والفصل فى صحة العضوية للمجلس .

كما أننا نرى إزاء عدم حياد مجلس الشعب فى الفصل فى صحة الطعون العضوية - تعديل نص المادة ٩٣ من الدستور إذ يقتضى التعديل إختصاص مجلس الشعب وحده بالفصل فى صحة عضوية أعضائه وذلك على نحو لا يجعل القضاء مختصاً بهذه

على الرغم من وضوح هذا المعيار ، إلا إنه ما زال الخلاف فى شأن تفسير نص المادة ٩٣ من الدستور قائماً على التفصيل السابق .

وإنه إزاء ما تقدم ، فإننا نرى - ما نادى به البعض من إستناد الفصل فى مسألة صحة العضوية للمحكمة الدستورية العليا ، ومبنى ذلك إن المسألة الأساسية فى الموضوع الماثل مدارها تفسير نص المادة ٩٣ من الدستور ، وهو ما يدخل فى إختصاص هذه المحكمة ، كما إن تفسيرها ملزمة للكافة .

وما يعزز هذا النظر ، ما ذهب إليه البعض^(١٠) إن الفصل فى صحة نيابة أعضاء المجلس مسألة قضائية ولا تفصل فيها المجالس النيابية بالنزاهة المطلوبة ، والتى هى من صفات القضاء . إذ تحكم فى البرلمانات القيادات الحزبية التى تفسد الحكم فى مثل هذه الحالة هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ، أن الدستور جعل الإختصاص بالفصل الناتى فى صحة العضوية لمجلس الشعب

ومؤدى النظر المتقدم ، إن مناط التفرقة بين الطعن فى صحة العضوية مما يختص بالفصل فيها لمجلس الشعب طبقاً لنص المادة ٩٣ من الدستور وغيرها من الطعون المتعلقة بالعملية الانتخابية التى يختص بالفصل فيها القاضى الطبيعى لنظر تلك المنازعات ، هو البحث فى إرادة الناخبين ، فإذا شابت إرادتهم أثناء عملية الإقتراع غش أو تدليس أو إكراه أو أى تأثير من شأنه تزييف إرادة الناخبين يؤدى إلى الطعن فى عدم توافق شروط العضوية فى أحد الأعضاء المنتخبين ، فإن الطعن فى هذه العملية يختص الفصل فيها لمجلس الشعب أما العمليات التى لا تظهر فيها إرادة الناخبين ، ومن ذلك المنازعات القانونية البحتة التى تتصرف فيها الجهة الإدارية بمقتضى سلطتها فى تنفيذ القانون وتفسيره حتى ولو إتصل بالعملية الانتخابية ذاتها ، ما دام إنه لا يصدر عن هيئة الناخبين أو لا يمثل تعبيراً مباشراً عن إرادتهم^(١١) وإنه

إستاد الفصل في صحة العضوية وغيرها من لطعون الإنتخابية إلى المحكمة الدستورية العليا ، لما تتمتع به هذه المحكمة من مكانة خاصة ، فضلاً عن إن أحكامها تلزم كافة مؤسسات الدولة وبالتالي يتلانى هذا الإقتراح الإنتقادات السابقة للوضع الحالى .
اللهم نسأل التوفيق والسداد

لا يثقل كما يزعم البعض حرصاً على إستقلال البرلمان - بل إنه يعتبر فى الواقع من قبيل العنوان على إختصاص المحاكم التى تتمتع وحدها ببيان حكم القانون مع تطبيقه فيما يثار من منازعات فى هذا المجال^(١١) وإقتراحنا المشار إليه ، يتطلب تعديل نص المادة ٩٣ من الدستور ، بالنص على

المهمة وذلك بالرغم من تمتع القضاء بميزة الحياة والإستقلال ، على عكس البرلمان يتأثر بالتيارات الحزبية والأصوات السياسية ، فضلاً عن الضغوط الشخصية ، بحكم الصداقات أو الخصومات فيما بين الأعضاء ، بالإضافة إلى أن إعطاء مجلس الشعب مهمة الفصل فى صحة العضوية

الإيمان ...

**الإيمان أن تؤثر الصدق . ولا يكون فى حديثك فضل
عن عملك . وإن تق الله فى حديث غيرك .**

« الإمام على بن أبى طالب »

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١) إن نص المادة (٩٣) من الدستور أشار إليه ، يسرى في شأن أعضاء مجلس الشورى ، بمعنى أن المجلس الأخير يختص بالفصل في صحة عضوية أعضائه سواء المنتخبين أو المعيّنين وذلك نزولاً على حكم المادة ٢٠٥ من الدستور التي تقتضى بأن تسرى في شأن مجلس الشورى الأحكام الواردة بالدستور بالمواد (٨٩ ، ٩٠ ، ٩١ ، ٩٣) وذلك لهما لا يتعارض مع الأحكام الواردة في هذا الفصل (مجلس الشورى) على أن يباشر الاختصاصات المقررة في المواد المذكورة مجلس الشورى ورئيسه .

(٢) الإدارة العليا ، الطعن رقم ٢٣/١٥ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٩ ، منشور بالمجموعة في خمسة عشر عاماً ١٩٦٥ - ١٩٠٨ الجزء الأول ص ١٥٣ .

(٣) الطعن رقم ٢٩٩٧ - ٣٠٩٦ / ٣٠ ق ، جلسة ٢٥ من مايو ١٩٨٤ ، وأيضاً الطعن رقم ١٩٠٥ / ٣٣ ق ، جلسة ٢٩ من إبريل ١٩٨٨ .

(٤) الطعن رقم ٢٠٧ / ٣٧ ق ، جلسة ٥ من ديسمبر ١٩٩٠ ، والطعن رقم ٣٧/٢٠٦ ق ، جلسة ٥ من ديسمبر ١٩٩٠ .

(٥) راجع مذكرة دفاع هيئة قضايا الدولة في الطعن رقم ٣٣/١١٠٠ ق .

(٦) في هذا المعنى ، كامل ليلة ، القانون الدستوري ، طبعة ١٩٧١ ، ص ٥٥٧ ، سعاد الشقار ، عبد الله ناصف ، نظام الإنتخابات في العالم ومصر ، طبعة ١٩٨٤ ، ص ١٥٧ .

(٧) في هذا المعنى ، القضاء الإداري ، الدعوى رقم ٦/٢٤٦ ق ، جلسة ١٩٥٣/٦/٢٤ ، مبدأ ٨٦٠ ، ص ٧ ، والدعوى رقم ٦/١٥١ ق ، جلسة ١٩٥٣/٤/٩ ، مبدأ ٥٠١ ، ص ٧ ، ص ٨٠٧ والدعوى رقم ٧ لسنة ٥ ق ، جلسة ١٩٥٣/٥/٢٨ ، ص ٧ ، ص ١٢٣ .

(٨) الإدارية العليا ، الطعن رقم ٢٣/١٥ ق ، جلسة ١٩٧٧/٤/٩ ، ص ٢٢ ، ص ٥٥ .

(٩) في هذا المعنى ، القضاء الإداري ، القضية رقم ١/٥٤٤ / ٣٣ ق ، جلسة ١٩٨١/٣/١٠ .

(١٠) كامل ليلة ، المرجع السابق ، ص ٤١١ .

(١١) وفي هذا المعنى ، بكر التهاى ، مقال بعنوان : دستور جديد لماذا ، منشور ، في عدد الخميس الصادر في ٥ يناير ١٩٨٩ ، ص ٣ ومزجاً من التفاصيل ، محسن العبودى ، الاختصاص بالفصل في صحة عضوية أعضاء مجلس الشعب ، ١٩٨٩ ، دار النهضة العربية ، ص ٣٠ وما بعدها .

العوائق الشكلية لحق التقاضى

فى خصوصية النقص الجنائى

للسيد المستشار

البشرى الشورى بـ

المستشار بمحكمة النقض

تمهيد

**أهمية حق التقاضى وحمايته فى
الوثائق الدولية وفى الدستور
المصرى :**

إن حق التقاضى أو حق اللجوء الى القضاء ، وهو الحق الكفيل لسائر الحقوق الأخرى ، فإن حقوق الأفراد والحقوق العامة " لا تقوم ولا تؤتى ثمارها إلا بقيام هذا الحق باعتباره الوسيلة التى تكفل حمايتها والتمتع بها ورد العدوان عنها ، فحق التقاضى حق أصيل وبدونه يستحيل على الأفراد ان يأمنوا على حرياتهم أو يردوا ما يقع عليها من اعتداء " (١) .

ولهذا قرره الوثائق الدولية وكرست له الكثير من نصوصها ، فقد كفل الإعلان العالمى لحقوق الانسان فى ديسمبر ١٩٤٨ هذا الحق فى جملة من مواده بدأت بالنص الآتى " لكل

شخص الحق فى أن يلجأ الى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها إعتداء على الحقوق الأساسية التى يمنحها القانون إياه " (٨م) .

وتضمنت الإتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية التى أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٦ من ديسمبر ١٩٦٦ ووافقت عليها مصر فى أول أكتوبر ١٩٨١ بضعة نصوص مفصلة لحق الإلتجاء الى القضاء وضماناته وخاصة فى موادها ٩ ، ١٠ ، ١٤ وقد ورد فى بعض فقرات هذه الأخيرة ان لكل فرد الحق عند النظر فى أية تهمة جنائية ضده أو فى حقوقه والتزاماته فى احدى القضايا القانونية فى محاكمة عادلة وعلنية بواسطة محكمة مختصة ومستقلة وحيادية قائمة إستنادا الى القانون . . . ولكل

محكوم بإحدى الجرائم الحق فى إعادة النظر فى الحكم والعقوبة بواسطة محكمة أعلى بموجب القانون . . "

ونص الدستور المصرى سنة ١٩٧١ على ان " التقاضى حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الإلتجاء الى قاضيه الطبيعى وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل فى القضايا ويحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء (٨م) وتنظر كذلك المواد ٦٥ ، ٦٩ ، ٧٢ ، ١٦٦ ، ١٦٨ من الدستور) .

وأكدت محكمة النقض المصرية أهمية حق التقاضى بقولها إنه حق عام مكفول للكافة فلا يجوز التنازل عنه . ولا يعتد بهذا التنازل لمخالفته للنظام العام وان جاز تقييده ،

بمقتضى القانون او بإرادة الأفراد " (٢) .

وقد سجلت محكمة النقض فى حكم حديث لها (فى ٤ من شهر يناير ١٩٩٠) حرصها الشديد على صون حق التقاضى ولو أعوزه النص الصريح فى التشريع فقالت فى شأن قرارات لجنة القيد بجدول المحامين " إنه ولئن كان قانون المحاماه القائم قد خلا من نص ينظم الطعن فى قرارات لجنة القيد بجدول المحامين المقبولين أمام محكمة النقض الا ان ذلك ليس من شأنه ان تكون تلك القرارات بنأى عن رقابة القضاء لما ينطوى عليه ذلك من مصادرة لحق التقاضى وافتئات على حق المواطن فى الالتجاء الى قاضيه الطبيعى اللذين كتلهما الدستور فى المادة ٦٨ منه ومن ثم فقد استقرت أحكام النقض على بقاء الاختصاص بنظرها والفصل فيها معقوداً لهذه المحكمة بالنسبة للحالات التى ينظمها القانون القديم للمحاماه رقم ١٩٦١/٦٨ وما استحدثه القانون الحالى من حالات أخرى . (الطعن رقم ١٧٤٨٢ لسنة ٥٩ ق)

وفى الشريعة الاسلاميه تكاد تتمثل الضمانة الأم لكافة حقوق الانسان أمام القضاء ، فى وجوب ان يوجد فى كل وقت قاض مجتهد ومستقل يلجأ اليه المتقاضون فيجدون فى مجلسه المساواة وفى قضائه التثبت والاجتهاد للوصول الى معرفة الحق والحكم به ، وذلك مع تفسير الطعن فى الأحكام وتقضها ، اذ يجب الرجوع الى الحق كلما تبين وقد ورد فى كتاب عمر رضى الله عنه الى قاضيه أبى موسى الأشعري " لا يمنع قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق فان الحق قديم لا يبطله شئ ومراجعة الحق خير من التماذى فى الباطل " وقد أجمع فقهاء المسلمين على أن الحكم الخطأ يستوجب الالفاء بما يتفق وأحكام الشريعة الغراء وينطبق على هذا الالفاء " النقض " بمعنى الإبطال أو الحل وهو نظام يستهدف الفاء الحكم ليتلام مع أحكام الشريعة ، وليست له اجراءات معينة ولا تنقيد بمواعيد محددة ، بل إن القاضى

يلتزم - طبقاً لأحكام الشريعة - بالفاء الحكم بدون طلب من ذوى الشأن أى بلا طعن متى استبان وجه الخطأ فيه فالشريعة تهدف الى إقرار العدل ولا شئ يحول دون ذلك فى نظرها (٣) .

وهكذا فإن حق التقاضى لا ينهى أن يمارس لذات ممارسته وإنما يتعين ان يستعمل لتحقيق غايته وهدفه وفائدته وهى نظر الدعاوى لاتقرار العدل ودفع العدوان .

اجراءات النقض الجنائى وخطر الجمل بها على حق التقاضى :

أما نظام النقض فى القانون الوضعى فيقصد به فى الأصل تقويم الإعوجاج القانونى فى الحكم المطعون ، وتوحيد فهم القضاة للقانون (٤) .

ولممارسة حق الطعن بالنقض فى المواد الجنائية بوجه خاص - إجراءات معينة ومواعيد محددة - على نحو رسمه القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة

اجرائية لا يغنى فيها احدهما عن الآخر^(٦).

وبعبارة أخرى : أن التقرير بالطعن كما رسمه القانون الذي يترتب عليه دخول الطعن في حوزة محكمة النقض واتصالها به بناء على إعلان ذي الشأن عن رقبته فيه ، ومن ثم فإن عدم التقرير بالطعن لا يجعل للطعن قائمة ولا تتصل به محكمة النقض ولا يغنى عنه تقديم الاسباب إلى قلم الكتاب في الميعاد ويكون الطعن غير مقبول شكلاً^(٧).

وقبول الطعن شكلاً ومناط اتصال محكمة النقض بالطعن فلا سبيل إلى التصدي لقضاء الحكم في موضوعه مهما شابه من عيب الخطأ في القانون^(٨).

والثالثة : أن على الطاعن متابعة طعنه بعد التقرير به دون أن ينتظر إعلانه بما يتخذ فيه من إجراءات إذ أنه طبقاً للمادة ٣٧ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩. في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة

لكي يؤتي هذا الطعن ثمرته ، في نظر موضوعه وتحقيق هدف اللجوء إلى القضاء ، ونسبوق ذلك بملاحظات عامة ثلاث .

أولها : في الأصل أن الطعن لا يعتبر إمتداداً للخصومة بل هو خصومة خاصة ، مهمة المحكمة فيها مقصورة على القضاء في صحة الأحكام من قبيل أخذها أو عدم أخذها بحكم القانون فيما يكون عرض عليها من طلبات وأوجه دفاع .

ولا تنظر محكمة النقض القضية إلا بالحالة التي كانت عليها أمام محكمة الموضوع^(٩).

والثانية : أن الطعن بطريق النقض هو عمل اجرائي لم يشترط القانون لرفعه سوى إفصاح الطاعن عن رغبته في الاعتراض على الحكم بالشكل الذي ارتآه القانون وهو التقرير به في قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم المراد الطعن عليه في خلال الميعاد الذي حدده القانون وتقديم الأسباب التي بنى عليها الطعن في هذا الميعاد ، والتقرير بالطعن وتقديم أسبابه يكونان معا وحدة

النقض وجرى به قضاء هذه المحكمة - والأمر الخطير الذي يكشف عنه العمل في محكمة النقض هو كثرة عدد ما تصدره من أحكام وقرارات بعدم قبول الطعن شكلاً أو بسقوطه بما مؤداه عدم نظر موضوع الطعن ومن ثم عدم تحقيق أية نتيجة من الطعن ولا فائدة في ذلك لصالح العدالة الجنائية إذ به يقف الأمر في إستعمال حق اللجوء إلى قضاء النقض عند حد ممارسة هذا الحق دون تحصيل ثمرته ، ويرجع ذلك إلى عدم مراعاة إجراءات الطعن القانونية أو عدم التفتن إليها وأعمالها في الوقت المناسب ، وهو امر جد خطير إذ يؤدي إلى إهدار غاية الطعن وتهديده بغير طائل ، فيصبح الطعن بطريق النقض في هذه الأحوال محض ممارسة عقيمة لحق التقاضي .

أهم اجراءات الطعن الجنائي:

نتناول في تقريرنا هذا بياناً لأهم الإجراءات القانونية التي يتعين مراعاتها بدقة عند الطعن بطريق النقض في المواد الجنائية

النقض تحكم محكمة النقض في الطعن بعد تلاوة التقرير الذي يضعه أحد أعضائها ويجوز لها سماع أقوال النيابة العامة والمحامين عن الخصوم إذا رأت لزوماً لذلك ، ومن ثم فإن سماع الخصوم هو من الاجازات الموكولة لتقرير محكمة النقض متى اتصلت بالطعن بناء على التقرير به ، وبالتالي لا تلزم دعوة الخصوم أي كانت صفتهم باعلائهم أو اخطارهم بالجلسة التي تحدد لنظر الطعن سواء كانوا هم الطاعنين أو المطعون ضدهم وسواء كانوا متهمين أو مدعين بحقوق مدنية أو مسئولين عنها - لأمن لا يجب سماعه لا تلزم دعوته (٩) .

ويتعين على الطاعن أن يتابع طعنه دون أن يلتزم قلم الكتاب أو النيابة بإعلائه أو بتكليفه بالحضور أمام محكمة النقض (١٠) .

والمبادئ الإجرائية التي تعرض لها فيما يلي لا تشكل بذاتها عوائق إجرائية في سبيل حق الإلتجاء الى القضاء ، بل هي مما تقتضيه الأصول القانونية لنظام النقض الجنائي

في المجتمع الحديث ، ولكن الجهل بها أو تجاهلها هما اللذان يحولان دون تحصيل الفائدة المرجوة من ممارسة حق التقاضي أمام محكمة النقض في المواد الجنائية .

(أولاً : تفادى سقوط الطعن :

المادة ٤١ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض (رقم ٥٧ / ١٩٥٩ المشار إليه) إذ نصت على أن يسقط الطعن المرفوع من المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل يوم الجلسة فقد دلت بذلك على أن سقوط الطعن هو جزء وجوبى يقضى به على الطاعن الهارب من تنفيذ العقوبة إذا لم يتقدم للتنفيذ قبل الجلسة التي حددت لنظر الطعن ، بإعتبار أن الطعن بطريق النقض لا يرد إلا على حكم نهائي وأن التقرير به لا يترتب عليه وفقاً للمادة ٤٦٩ من قانون الإجراءات الجنائية إيقاف تنفيذ العقوبات المقيدة للحرية المقضى بها بأحكام واجبة التنفيذ (١١) .

وما على الطاعن لكى

يتفادى سقوط طعنه إلا أن يمثل أمام محكمة النقض في يوم الجلسة المحددة لنظر طعنه - ان لم يكن قد إمتثل لتنفيذ العقوبة المقيدة للحرية قبل ذلك ، وتأمراً المحكمة بوقف تنفيذ هذه العقوبة غالباً الى حين الفصل فى الطعن كلما كان الطعن مرجح القبول موضوعاً .

ثانياً : تجنب عدم قبول الطعن شكلاً فى مطالبته المختلفة :

إن قبول الطعن شكلاً : شرط لنظر محكمة النقض لموضوعه (١٢) وما يحول دون قبوله شكلاً : ألا يودع مبلغ الكفالة كلما كان واجباً أيذاعه ، أو أن يقرر بالطعن من لا صفة له أو تخلو ورقة التقرير من الإفصاح عن صفة المقرر بالطعن ، أو ألا يقدم وكيل الطاعن سند وكالته الذى يشهد صفته فى التقرير بالطعن نيابة عنه ، أو أن يكون سند التوكيل لاحقاً على التقرير بالطعن ، أو أن يتم التقرير بعد الميعاد القانونى أو يعتذر الطاعن عن تجاوز الميعاد بعذر لا يقدم دليله ، أو لا يبرر هذا

وقضت محكمة النقض كذلك بأن التدبير المقضى به - وهو وقف الطاعن عن عمله بدون مرتب لمدة ثلاثة أشهر - إعمالاً لحكم المادة ١١٨ مكرراً من قانون العقوبات - ليس من العقوبات المقيدة للحرية التي نص عليها القانون ومن ثم فقد أوجب المشرع حينئذ لقبول الطعن شكلاً - المقدم من غير النيابة العامة - إيداع الكفالة المنصوص عليها في المادة ٣٦ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض ، وإلا كان الطعن غير مقبول شكلاً وإذا كان يبين من الأوراق أن الطاعن لم يودع مبلغ الكفالة المشار إليها أو يحصل على قرار من لجنة المساعدة القضائية بإعفائه منها فإن الطعن يفصح عن عدم قبوله شكلاً (١١٧) .

بينما قضت بأن تدبير إيداع الحدث في مؤسسة الرعاية الاجتماعية ، الذي نصت عليه المادة السابعة من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ بشأن الأحداث هو عقوبة جنائية بالمفهوم القانوني تقيد من حرية الجاني وقد رتبها القانون

جوازه أو بسقوطه ، وقد استقر قضاء محكمة النقض على أنه إذا كان الطاعن الذي حكم بعقوبة الغرامة لم يودع الكفالة المقررة ولم يحصل على قرار من لجنة المساعدة القضائية بإعفائه منها فإن طعنه يكون غير مقبول (١١٨) .

ومتى كان الطاعن بصفته مدعياً بالحقوق المدنية لم يودع الكفالة المقررة في القانون ولم يحصل على قرار من لجنة المساعدة القضائية بإعفائه منها فإن طعنه لا يكون مقبولاً (١١٩) .

ولما كان الطاعن لم يودع خزانة المحكمة التي أصدرت الحكم كامل مبلغ الكفالة التي نص عليها القانون فإن طعنه يكون غير مقبول ويتعين مصادرة ما سدد من الكفالة (١٢٠) .

كما استقر قضاء النقض على الحكم بعدم قبول الطعن من لم يعجل بسداد الكفالة قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى والحكم في هذه الحالة نهائياً لا يجوز الرجوع فيه حتى لو سددت بعد ذلك (١٢١) .

التجاوز - أو يتم التقرير في الميعاد ثم لا تودع أسباب الطعن في الميعاد عينه ، أو تكون الأسباب موقعة من محام غير مقيد في جدول المحامين المقبولين أمام محكمة النقض ، أو تمضاة بتوقيع غير واضح أو غير ممضاة بأي توقيع في أصلها وصورها المودعة ملف الطعن أو إذا وجد التوقيع في غير ختام المذكورة أو كان التوقيع عليها مأخوذاً بالتصوير الضوئي أو بوسيلة فنية غير أصل خط النيد

فعلي كفاية الطعن يجب مراعاة إيداعها كاملة كلما تعين ذلك :

توجب المادة ٣٦ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ لقبول الطعن إذا لم يكن مرفوعاً من النيابة العامة أو من محكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية - أن يودع رافعه خزانة المحكمة التي أصدرت الحكم مبلغ خمسة وعشرين جنيهاً على سبيل الكفالة وتحكم المحكمة بمصادرة هذا المبلغ إذا لم يقبل الطعن أو قضى برفضه أو بعدم

المشار إليه وهو من القوانين العقابية لصنف خاص من الجناة هم الاحداث وإن كانت لم تذكر بالمواد ٩ وما يليها من قانون العقوبات ضمن العقوبات الأصلية والتبعية ، ومن ثم فانه لا يلزم لقبول الطعن في الحكم الصادر بها ابتداع الكفالة المنصوص عليها في المادة ٣٦ ... المشار إليها ويكون الطعن - بدون ايداعها - مقبولا شكلا .

كما قضت بأنه لا يلزم ايداع هذه الكفالة لقبول الطعن من المحكوم عليه بقوة الوضع تحت مراقبة الشرطة طبقاً للرسوم بقانون ٩٨ لسنة ١٩٤٥ لان هذه العقوبة ماثلة لعقوبة الحبس (١٨) .

وجوب مراعاة أن - الطعن بالنقض حق شخصي للمحكوم عليه دون سواه :

تقرر محكمة النقض ان الطعن في الأحكام الجنائية من شأن المحكوم عليهم دون غيرهم - وأن تدخل المحامين عنهم لا يكون الا بناء على ارادتهم في الطعن على الحكم ورغبتهم في

السير فيه (١٩) كما قررت أن الطعن بالنقض في المواد الجنائية حق شخصي لمن صدر ضده الحكم يمارسه أو لا يمارسه حسبما يرى من مصلحته وليس لأحد أن يتوب عنه في مباشرته إلا بإذنه ، وهو مما يلزم فيه توكيل خاص أو توكيل عام يكون ثابتاً . وقت التقرير بالطعن ، ولما كان المحامي الذي قرر بالطعن لم يكن يحمل توكيلاً ثابتاً يبيع له التقرير بالطعن عن المحكوم عليه وقت أن قرر به ثم قدم يوم الجلسة توكيلاً لاحقاً في التاريخ لتاريخ التقرير فان الطعن يكون غير مقبول شكلا (٢٠) .

وينبى على ما تقدم انه اذا لم يكن المقرر بالطعن بالنقض هو المحكوم عليه شخصياً فيجب ان يكون التقرير عن يوكله لهذا الغرض توكيلاً خاصاً أو بمقتضى توكيل عام ينص على الطعن بهذا الطريق الإستثنائي ويودع التوكيل الذي حصل التقرير بمقتضاه في ملف الدعوى حتى يمكن لمحكمة النقض التحقق مما اذا كان مصرحاً فيه للوكيل بالتقرير

بالطعن بالنقض ام لا ، وأذ لم يودع التوكيل فان الطعن يكون غير مقبول شكلا (٢١) .

ج - فلا بد ان يكون التوكيل معروضاً - أصله أو صورة رسمية منه - على محكمة النقض عند نظرها الطعن للتثبت من إستيفاء إجراءات الطعن ولا يكفى في إثبات صفة المقرر بالطعن إيداعه صورة ضوئية غير رسمية من التوكيل أو الإشارة إلا ان أصل التوكيل مودع في قضية أخرى ، وذلك لما هو مقرر من أن اجراءات الطعن هي من الإجراءات الشكلية في الخصومة التي يجب ان تكون مستكملة كافة مقوماتها ومن أن التقرير بالطعن بطريق النقض هو من شأن المحكوم ضده وليس لأحد أن يتوب عنه في مباشرته إلا اذا كان موكلاً عنه توكيلاً يخوله هذا الحق (٢٢) .

- وهكذا فإن عدم تقديم أصل التوكيل أو صورة رسمية منه يستوى في الأثر مع تقديم صورة ضوئية عرفية ومع عدم وجود توكيل أصلاً فجميعها

صور تؤدي الى عدم القبول شكلاً.

- ومن المقرر في هذا الصدد ان ولي القاصر هو وكيل جبري عنه يحكم القانون ينظر في الجليل والقليل من شئونه الخاصة بالنفس والمال ، فله أن يرفع بهذه الصفة الطعن بطريق النقض وغيره ، في الأحكام التي تصدر على قاصره ولو لم يكن ممثلاً بصفته في الخصومة من قبل (١٢٣).

وقد قبلت محكمة النقض طعنوا إقامتها والد الحدث المحكوم عليه أو شقيقه المستول عنه... (١٢٤).

ويتعين أن يكون التوكيل الذي قرر بالطعن بقتضاه - والراجح إبداءه الملف قبل نظر الطعن هو التوكيل الصادر من المحكوم عليه الى من قرر بالطعن نيابة عنه فإذا لم يقدم هذا التوكيل وإنما قدم توكيل من محام إلى محام آخر هو الذي قرر بالطعن فلا يقبل الطعن شكلاً (١٢٥).

ومع ان التقرير بالطعن بالنقض حق شخصي يستلزم

وجود توكيل خاص به أو عام يبيحه للوكيل ، كما قدمنا ، فان ورود التوكيل في صيغة التعميم في التقاضي ثم تخصيصه بنص صريح أموراً معينة أجاز للوكيل مباشرتها عن الموكل ليس من بينها الطعن بطريق النقض يكون مفاده أن ما سكت التوكيل عن ذكره في معرض التخصيص يكون خارجاً عن حدود الوكالة وينفي صفة المقرر بالطعن فيقضى بعدم قبوله شكلاً ولكن محكمة النقض ترى أيضاً أنه إذا خلت عبارة التوكيل من اباحة التقرير بالنقض للوكيل - واقتصرت على التقرير بالمعارضة والإستئناف وكان التوكيل قد صدر في يوم لاحق على الحكم المطعون فيه وسابق على تاريخ التقرير بالطعن بالنقض بفترة قصيرة فان إرادة المحكوم عليه تكون قد إنصرفت الى توكيل محاميه بالتقرير بالنقض (١٢٦).

فطروا إصدار التوكيل قد تفنى عن التصريح بالمقصود .

وإذا كان للمحامي - طبقاً

للمادة ٥٦ من قانون المحاماة رقم ١٩٨٣/١٧ - أن ينيب عنه في إجراءات التقاضي محامياً آخر تحت مسؤوليته دون توكيل خاص - مالم يكن في التوكيل الصادر اليه ما يمنع ذلك ، وكان المحامي الذي قرر بالطعن نائباً عن محامي المحكوم عليه ، - فيتعين النظر في التوكيل الصادر الى هذا المحامي الأصلي للتحقق من أنه لا يمنعه من إنابة غيره في الوكالة عن الموكل (١٢٧).

- ويعتبر الطعن قائماً قانوناً وإن خلا تقرير الطعن من توقيع من قرر به ، إذ يترتب على مجرد التقرير به في السجل الخاص الموقع من الكاتب المختص (مع بيان اسم المقرر) - دخوله في حوزة المحكمة وإتصالها به بصرف النظر عن عدم التوقيع عليه من المقرر ، ذلك ان القانون لم يشترط في التأييد بالطعن بالنقض بوصفه إجراءً - سوى إفصاح المدعى صاحب الصفة في الطعن عن رغبته في الاعتراض على الحكم بالشكل الذي رسمه المشرع وهو التقرير به في قلم

كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم في خلال الأجل المحدد بالمادة ٣٤ من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض فيكون الطعن مقبولا شكلا ولو خلا من توقيع من قرره (٢٨) .

ومع ذلك يتعين أن يلصق الطاعن في ورقة تقريره بالطعن عن صفته في الطعن في الحكم المطعون فيه وإلا قضى بعدم قبول طعنه ولا يغير من ذلك أن تكون أسباب الطعن قد تضمنت ما يهيد أنها مقدمة من المحكوم عليه مادام أنه لم يثبت صراحة في تقرير الطعن أن من قرره به كان نائباً عن هذا المحكوم عليه ، لما هو مقرر من أن تقرير الطعن هو ورقة شكلية من أوراق الإجراءات التي يجب أن تحمل بذاتها مقوماتها الأساسية بإعتبارها السند الوحيد الذي يشهد بصدور العمل الإجرائي من صدر عنه على الوجه المعتبر قانوناً فلا يجوز تكملة أي بيان في التقرير بدليل خارج عنه غير مستمد منه (٢٩) .

تقديم أسباب الطعن :

وإذا كان عدم التقرير بالطعن من ذي الصفة ، على الشكل الذي رسمه القانون لا يجعل للطعن قائمة ولا يثنى عنه تقديم أسباب للطعن (٣٠) .

فإن التقرير بالطعن على الوجه القانوني لا يثنى كذلك عن تقديم أسباب الطعن مفصلة ، ومحددة ، وشاملة لما يراد تسديده الى الحكم المطعون من أوجه الطعن موقفاً عليها من محام مقبول أمام محكمة النقض بتوقيع مقروء يدل على صاحبه .

.. فقد جرى قضاء محكمة النقض على أن التقرير بالطعن بالنقض هو مناط اتصال المحكمة بالطعن وأن إيداع أسبابه - في الميعاد الذي حدده القانون - هو شرط لقبوله ، وأن التقرير بالطعن وإيداع الأسباب التي بنى عليها يكونان معا وحدة اجرائية لا يقوم فيها أحدهما مقام الآخر ولا يثنى عنه (٣١) .

فعدم تقديم أسباب الطعن يحول دون قبول الطعن شكلاً . وقد أوجبت المادة ٣٤ من

القانون ١٩٥٩/٥٧ .. المشار إليه بالنسبة للطعون التي يرفعها المحكوم عليهم أن يوقع أسبابها محام مقبول أمام محكمة النقض ، بحسبان أن تقرير الأسباب ورقة شكلية من أوراق الإجراءات في الخصومة والتي يجب أن تحمل بذاتها مقومات وجودها وأن يكون موقفاً عليها من صدرت عنه لأن التوقيع هو السند الوحيد الذي يشهد بصدورها ممن صدرت عنه على الوجه المعتبر قانونياً ولا يجوز تكملة هذا البيان بدليل خارج عنها غير مستمد منها ، واستقر قضاء محكمة النقض على تقرير البطلان جزاء على إغفال التوقيع على الأسباب أو على توقيعها من محام غير مقبول أمام محكمة النقض ، إذ تعتبر في هاتين الحالتين عديمة الأثر في الخصومة ولغوا لا قيمة له (٣٢) .

فلا يقبل الطعن الذي لم توقع أسبابه في أصلها ولا صورها حتى فوات ميعاده ولو ثبت صدورها من مكتب محام (٣٣) .

ولا يقبل الطعن الذي وقع أسبابه محام كان مقبلاً بجدول المحامين أمام المحاكم الشرعية

ولم يحصل على قرار بقيده بالجدول الخاص بالمحامين أمام محكمة النقض (٣٤) .

ولا الطعن الذي وقع أسبابه أحد المحامين بالإدارات القانونية للهيئات العامة وشركات القطاع العام والمؤسسات الصحفية في عمل يخرج عن أعمال الجهة المتبوعة لمخالفة ذلك للمادة ٨ من قانون المحاماة رقم ١٩٨٢/١٧ (٣٥) .

ولا يقبل الطعن الذي وقع على أسبابه محام غير مقبول أمام محكمة النقض ولو كان توقيعه نهاية عن محام مقبول لأن الأسباب هي في الواقع جوهر الطعن وأساسه ووضعها من أخص خصائصه فكان عليه أن يوقع على وقرتها بما يفيد إقراره إياها أن كان قد انساب غيره في إعدادها (٣٦) .

ويلزم في توقيع المحامي المقبول على أسباب الطعن أن يتم قبل فوات ميعاد الطعن (٣٧)

وأن يكون واضحاً مقروءاً ، وأن يوضع في ختام مذكرة الأسباب ، فالتوقيع عليها بإمضاء يتعدى قراءة ومعرفة اسم صاحبه وعدم حضور

المحامي يوم نظر الطعن ليغير بإمضائه عليها ويوضح أنه مقبول أمام محكمة النقض ، ينفي عنه هذه الصفة ويؤدي إلى عدم قبول الطعن شكلاً (٣٨) .

وقضى بأن التوقيع على هامش إحدى صفحات مذكرة الأسباب - لا يجزأ في هذا الصدد - ، وإنما التوقيع المعتبر هو الذي يتم في نهاية مذكرة أسباب الطعن حتى يسدل على أن هذه الأسباب صادرة من وقع عليها جملة وتفصيلاً (٣٩) .

كما قضى بأن التوقيع على أسباب الطعن بالتصوير الضوئي أو الآلة الكاتبة أو أية وسيلة فنية أخرى لا يقوم مقام أصل التوقيع (٤٠) .

- مراعاة ميعاد الطعن وتقديم الأسباب :

توجب المادة ٣٤ من القانون ١٩٥٩/٥٧ أن يتم التقرير بالطعن بالنقض في المسواد الجنائية وإيداع أسبابه في ظرف أربعين يوماً من تاريخ الحكم المحضوري أو من تاريخ انقضاء ميعاد المعارضة أو من تاريخ الحكم الصادر في المعارضة ، فإذا تجاوز الطاعن هذا الميعاد

سواء في تقريره بالطعن أو في إيداع الأسباب لم يقبل طعنه شكلاً ، وجرى قضاء محكمة النقض على أنه يتعين على الطاعن إذا أقعده عذر مانع عن التزام هذا الميعاد أن يقرر بالطعن إثر زوال المانع باعتبار أن التقرير بالطعن لا يعدو أن يكون عملاً مادياً أما إعداد إيداع أسباب الطعن وتقديمها فيقتضى فسحة من الوقت لا تمتد بعد زوال المانع إلا لعشرة أيام (٤١) .

وتقدر محكمة النقض ما يتعمل به الطاعن من عذر قهري في تجاوز ميعاد التقرير بالطعن أو تقديم الأسباب ، فإذا أطمأنت إلى صحة العذر قبلته وإلا أطرحته وقضت بعدم قبول الطعن (٤٢) .

ومن المقرر في هذا الصدد أن مجرده وجود الطاعن في السجن وقت التقرير بالطعن لا ينهض عذراً لتقديم أسباب الطعن بعد الميعاد مادام لا يدعى أنه حيل بينه ومحاميه (٤٣) .

وأن مرض المحامي لا يبرر تقديم أسباب الطعن بالنقض بعد الميعاد (٤٤) .

قضى به قد قام على عدم استيفاء إجراءات الطعن المقررة قانوناً ثم يثبت من بعد أن تلك الإجراءات كافة كانت قد استوفيت بيد أنها لم تعرض كاملة على المحكمة عند نظرها الطعن وذلك لأسباب لا دخل الإرادة الطاعن فيها^(٤٧).

ولعلنا يبين مما تقدم أن محكمة النقض تسمى في منهجها في نظر الطعون الجنائية إلى تحقيق توازن حصيل وتوفيق حكيم بين مقتضيات الترحيب بالحق في اللجوء إلى قضائها - وهو خاتمة المطام - وبين ضرورة ولزوم التطبيق السليم للضوابط الإجرائية المشروعة لممارسة هذا الحق في خصومة النقض الجنائي لكيلا يضيع الوقت والجهد سدى في طعون غير جديّة تكون قد رفعت جزأها أو باستعمال غير واعي أو غير مشروع لحق الالتجاء إلى القضاء .

- وفقنا الله وإياكم إلى احقاق الحق ورد المظالم ، واشكركم لحسن انصاتكم .
والسلام عليكم ورحمة الله
المستشار
البشرى الشوربجي

كما قدمنا لا ترجع إلى نصوص القانون أو مبادئ قضاء النقض في هذا الخصوص وإنما - على النقيض - ترجع إلى إغفال الممارسة العملية الصحيحة الإجراءات الشكلية ، كما وضعها قانون النقض وكما جرت ، أحكام محكمة النقض في فحصها للطعون الجنائية من حيث الشكل ، على أساس ما استقرت عليه هذه الأحكام من أن إجراءات الطعن هي من الإجراءات الشكلية في الخصومة ، التي يجب أن تكون مستكملة كاملة مقوماتها . ومع أن الأصل في نظام التقاضي أنه متى صدر الحكم في الدعوى خرجت من حوزة المحكمة لاستنفادها ولايتها القضائية وامتنع عليها العودة إلى نظرها من جديد ، مع ذلك فقد استثنت محكمة النقض خروجاً على هذا الأصل حقها في العدول عن بعضها أحكامها في خصوص شكل الطعن مراعاة منها لمقتضات العدالة ، وحتى لا يضار الطاعن بسبب لا دخل لإرادته فيه ، فجرى قضاؤها على أنه يشترط - كي تعدل عن حكم أصدرته أن يكون الحكم فيما

وأن على الطاعن إثبات إيداع الأسباب في الميعاد وإلا كان طعنه غير مقبول شكلاً والإيصال الصادر من قلم الكتاب دون غيره هو الذي يصلح في إثبات ذلك^(٤٨) .

وجوب تقديم دليل العذر :

ويتعين على الطاعن - ولكي يتفادى عدم قبول طعنه شكلاً - كلما تعلق بعذر في تجاوزه ميعاد التقرير بالطعن أو إيداع تقرير الأسباب أن يقدم وفق تقرير الأسباب دليل ما يستند إليه من عذر ، كشهادة طبية أو شهادة رسمية تفيد في إثبات صحة العذر ، وتفصل محكمة النقض في قبول الطعن شكلاً في ضوء تقديرها لصحة العذر وجديته ومن ثم فإنه إذا لم يقدم دليل العذر حتى وقت نظر الطعن فقد جرى قضاء النقض على أنه لا يجسدى الطاعن ما يزعمه من عذر مادام أنه لم يقدم دليلاً على قيامه^(٤٩) .

خاتمة

قصدنا بما تقدم أن نوجه النظر إلى أهم العوائق الشكلية لحق الالتجاء إلى القضاء في خصومة النقض الجنائي ، وهي

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١) من حكم المحكمة الدستورية مشار اليه في بحث المستشار الدكتور حسن مسبري « ضمانات فاعلية حق التقاضي » المنشور بمجلة القضاء في السنة ٢٢٠ العدد الأول ١٩٨٩ ص ١٧٩ .

(٢) في الطعن رقم ٣٠ لسنة ٥٢ ق (أحوال شخصية) بجلسته ٢٤ من مايو ١٩٨٣ - مشار اليه في العدد السابق ص ١٩٧٨ السابق ص ١٧٨ .

(٣) راجع تقريرنا بشأن « حقوق الانسان أمام القضاء في الاسلام » المقدم الى ندوة تعليم حقوق الانسان في كليات الحقوق العربية .

عقدت في سيراكوزا بإيطاليا في يونيو ١٩٨٨ . ونشر ضمن أبحاثها في المجلد الثالث ص ٨٢ وما بعدها كما نشرته مجلة كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر في العدد الثالث ١٤٠٨ هـ ص ٢٨٢ - ٣١٠ ، ومجلة القضاء في عديدها السابع والثامن - يوليو ، أغسطس ١٩٨٨ ص ٢٧ .

(٤) أ . د . - محمد العزيز بنهي : القضاء في الاسلام وحماية الحقوق ، دار الفكر العربي ١٩٨٠ ص ٨٠ - ٨٣ .

(٥) نقض جنائي ١٤ فبراير ١٩٧٧ مجموعة أحكام المكتب الفني السنة ٢٣ العدد الأول ص ١٧٠ ط ١٦٣٥ لسنة ٤١ ق ونقض ٢٦ نوفمبر ١٩٨١ لسنة ٣٢ ص ٩٨١ .

(٦) نقض ٢٩ مارس ١٩٨٤ السنة ٣٥ ص ٣٧٠ ط ١٥٩٦ لسنة ٥٣ ق ونقض ٢٢ نوفمبر ١٩٨٤ ص ٣٥ ص ٨٠٨ ط ٥٨٨٣ لسنة ٥٣ ق .

(٧) نقض ١٠ من يناير ١٩٧٧ السنة ٢٣ ص ٦٠ طعن ١٢٤٢ لسنة ٤٢ ق ، نقض ٨ ديسمبر ١٩٨٨ في الطعن ٥٨/٦٠٠٧ ق ونقض ٢ مارس ١٩٨٩ في الطعن ٨٩٨٨ لسنة ٥٨ ق مشار اليهما بمجلة القضاء الفصلية ١٩٨٩ - العدد ٢٢ ص ١٧٠ - ١٧١ .

(٨) نقض ٢٨ مارس ١٩٧٦ السنة ٢٧ ص ٣٥٩ ونقض ١٤ يناير ١٩٧٩ ص ٣٠ ص ٩٤ .

(٩) نقض ٩ فبراير ١٩٧٠ ص ٢١ ص ٢٥٠ .

(١٠) نقض ٢٦ مارس ١٩٦٨ ص ١٩ ص ٣٧٧ ونقض ٢٩ أبريل ١٩٨٥ ص ٣٦ ص ٥٨٨ .

(١١) نقض ٣٠ مارس ١٩٨٧ ط ٤٣٨٦ لسنة ٥٦ ق « لم ينشر » .

نقض ٢٥ مارس ١٩٨٨ ط ٥٧/٣٢٨٠ ق مجلة القضاء الفصلية المشار اليها ص ١٧٤ ونقض ٢٥ مارس ١٩٩٠ ط ٥٨/٧٣٠٤ ق غير منشور ، وتكاد لا تغلو جلسته من جلسات محكمة النقض من حكم بسقوط بعض الطعون .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١٢) نقض ٣ يونيو ١٩٦٨ م/١٩ ص ٦٤٠ وما أنشأنا إليه في د ٨ هـ و آتفا .

(١٣) نقض ١٩٥٧/٦/٣ السنة ٨ ص ٥٧٧ .

(١٤) نقض ١٩٥٣/٣/٢٤ السنة ٤ ص ٦٥٣ .

(١٥) نقض ١٩٦٠/١١/٢٢ السنة ١١ ص ٨١٧ .

(١٦) نقض ١٩٥٨/٤/٨ السنة ٩ ص ٣٥٨ .

أشار إلى الأحكام الأربعة السابقة المستشار د . أحمد إبراهيم في تعليقاته على قانون الإجراءات الجنائية ١٩٦٥ دار المعارف ص ٦٧٦ - ٦٧٧ .

وانظر الطعن ٧١٩٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ٢٥ مارس ١٩٩٠ (لم ينشر) .

(١٧) نقض ١٩٨٧/١٢/٧ السنة ٣٣ ص ٩٥١ .

(١٨) نقض ١٩٨٢/١٢/٢٩ السنة ٣٣ ص ١١٠٧ وراجع كتابنا في شرح قانون الأحداث ١٩٨٦ ص ٦٤٨ ونقض ١٩٨١/١١/٢١ ص ٣٧ ص ٩٥٤ .

(١٩) نقض ٨ يناير ١٩٦٨ السنة ١٩ ص ١٨ .

(٢٠) نقض ٣٠ مارس ١٩٧٠ السنة ٢١ ص ٥٠٢ ونقض ٣١ يناير ١٩٨٤ في الطعن ٥٣/٢٩٣٤ ونقض ١٩٨٨/١٢/٢٥ في الطعن رقم ٢٨٩ لسنة ٥٨ ق في مجلة الفصلية للقضاء المشار إليها ص ١٧١ .

(٢١) نقض ١٩٦٢/٥/٢١ السنة ١٣ ص ٤٨٧ ونقض ١٩٦٤/٣/٧ السنة ١٥ ص ٦٦ . ونقض ١٩٨٨/١١/١٠ ط ٣٠٣ لسنة ٥٦ ق (مجلة القضاء الفصلية ص ١٧١ ، ١٧٨ / ١ / ١٩٩٠ ط ٥٨ / ٦٣٥٩ غير منشور .

(٢٢) نقض ١٩٨٣/١٢/٢٠ ص ٣٤ في ١٠٦٣ وفي أن صورة التوكيل الضمنية المصدق عليها رسمياً لا تفيد في إثبات الصفة في التقرير بالطعن بالنقض . ولا تغني عن الأصل شيئاً ، تصدر سنوياً - مئات الأحكام بعدم قبول الطعن شكلاً ، منها : نقض جلسة ١٩٨٦/٥/٦ ط ٥٥ / ٦٨٨٨ ، نقض ١٩٧٠/١٠/٢٦ ط ٨٧ / ١٠٠٨ ، ق ، نقض ١٩٨٧/١١/٢٣ في ط ٥٧ / ٥٠٨ ق نقض ١٩٨٩/٥/٢٣ ط ٥٨ / ٨٠٧٢ ق ، ١٩٨٩/١٠/١ ق ٥٩ / ٤٠١٧ ق ، نقض ١٩٨٩/١٠/٨ ط ٣٩٨٤ ، ٥٩ / ٣٩٨٥ ق ، نقض ١٩٨٩/١٠/٢٩ ط ٨٩ / ١٠٣٩٣ لسنة ٥٨ ق ، ٥٨ / ٤٢٠ ق ، نقض ١٩٩٠ / ٢ / ١٨ ط ٥٩ / ١٠٠٩٩ ، نقض ١٩٩٠ / ٣ / ٢٥ ط ٥٨ / ٧١٩٠ ق ...

(٢٣) نقض جلسة ١٩٨٣/١/١٨ السنة ٣٤ ونقض ١٩٨٨/١٢/٢٧ ط ٥٧ / ٥٣٢٩ ونقض ١٩٨٩/٢/٢٨ ط ٣٢٢ لسنة ٥٦ ق غير منشور ، وانظر لنا « دراسة في قانون الأحداث » ضمن أعمال المركز القومي للدراسات القضائية ١٩٩٠ / ٨٩ ص ٢٣ .

(٢٤) الدراسة المشار إليها آنفاً ص ٢٩ فقرة ثامناً عاشرًا وانظر أيضاً نقض ١٩٧٩/١١/٢٦ السنة ٣٠ ص ٨٤٤ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(٢٥) نقض ١٩٨٩/٣/٢٨ ط ١٤١٩ لسنة ٥٨ ق غير منشور .

نقض ١٩٨٨/١١/١ ط ٤٥١٣ لسنة ٥٧ غير منشور .

(٢٦) نقض ١٩٨١/١٠/١٧ ط ٣٢ ٧٢٤ ط ٧٢٤ ونقض أول يناير ١٩٧٩ س ٣٠ ص ١٠ وقارن نقض ٩٨٤/٢/١٧ ق ٣٥ ط ٧٥٢ .

(٢٧) نقض ٩٠/٧/١٨ ط ٩٠ ط ١٠٧٤٤ لسنة ٥٩ ق « لم ينشر » .

(٢٨) نقض ١٠/٢٧ ط ٩٨١ ط ٣٢ ط ٧٥٧ .

(٢٩) نقض ١٩٨٥/٣/٢٦ ط ٧١١٨ لسنة ٥٤ ق .

نقض ١٩٨٧/٤/٢ ط ٧١١٨ لسنة ٥٤ ق « لم ينشر » .

نقض ١٩٩٠/٢/٢٥ ط ٧٠٥٦ لسنة ٥٨ ق « لم ينشر » .

نقض ١٩٧٨/١٠/٥ ط ٦٧١ .

(٣٠) نقض ١٩٨٤/١١/٢٢ ط ٣٥ لسنة ٥٨ ق ٨٠٧ .

(٣١) نقض ١٩٨٥/٢/٢٥ ط ٣٦ ط ٣٠١ .

وأنظر في لزوم تقديم الأسباب لقبول الطعن شكلاً الأحكام المشار إليها في فقرة السنة ٣٦ ، ٣١٦ من الفهرس .

(٣٢) نقض ١٩٨٤/١٢/٢٠ ط ٣٥ لسنة ٩٣٩ .

نقض ١٩٨٨/١٢/٤ ط ٤٢١٩ لسنة ٥٨ ق غير منشور .

(٣٣) نقض ١٩٩٠/٤/٢٩ ط ١٩٩٠ الطعن ٥١/٨١٩٩ ق غير منشور .

نقض ١٩٧٩/١٤/١٤ ط ٣٠ ص ٩٤ نقض ١٩٧٦/٣/٢٨ ط ١٧ لسنة ٥٩ .

(٣٤) نقض ١٩٨٦/١٢/٣١ ط ٩٨٦ ط ٤٧٢٨ لسنة ٥٦ ق غير منشور .

نقض ١٩٨٨/٥/٩ ط ١٢٣٩ لسنة ٥٨ ق غير منشور .

نقض ٨٩/٣/٢٨ ط ٨٩/٥٤٢ ق غير منشور .

نقض ٨٩/١٠/٢٦ ط ٨٩/٧٦٢٥ ق غير منشور .

نقض ٩٠/٢/٢٥ ط ٨٨/٦٧٥٤ ق غير منشور .

(٣٥) نقض ٩٨٦/١١/٤ ط ٩٨٦/٧٦٣٩ ق غير منشور .

نقض ١٩٨٧/١١/١٩ ط ٥٧،٣٠٥٣ ق غير منشور .

نقض ١٩٨٨/١٢/٢٥ ط ٥٧/٣٣٢٤ ق بالجملة النصلية المشار إليها

نقض ٨٨/١٠/١٣ ط ٨٨٧ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(٣٦) نقض ٢١ يناير ١٩٨٥ السنة ٣٦ ص ١١٠ .

نقض ٢٥/٣/١٩٨٢ السنة ٣٣ ص ٤٠٠ .

(٣٧) نقض ١٨/٤/١٩٨٩ ط ٥٩/٥١٧ ق غير منشور .

(٣٨) ١٤/١١/١٩٨٥ السنة ٣٦ ص ١٠٠٧ .

نقض ١٣/١٢/١٩٨٨ ط الطعن ٦٠٤٩ لسنة ٥٨ ق « غير منشور » .

نقض ١٨/٧/٩٨٩ ط ٤٠٦٠ لسنة ٥٩ ق « غير منشور » .

نقض ٢٧/٧/٨٩ ط ٥٨/١٨١١ ق « غير منشور » .

نقض ٢٩/١٠/٨٩ ط ٥٨/٣٤٩٩ ق لم ينشر .

نقض ٣٠/١٢/٨٩ ط ٥٨/٥٧٨٧ ق لم ينشر .

(٣٩) نقض ١٨/٤/٩٨٩ ط ٥١٧ لسنة ٥٩ غير منشور .

(٤٠) نقض ٦/١١/١٩٨٨ ط ٥٨/٣٧٨٠ ق مشار بالمجلة الفصلية آنية الذكر .

(٤١) نقض ١٤ مايو ١٩٧٩ السنة ٣٠ ص ٥٧٦ .

(٤٢) ١٠/٦/١٩٧٩ السنة ٢٧ ص ٧١٢ وكثيرة جداً هي الأحكام التي تقضى بعدم القبول شكلاً لتجاوز الموعد بغير علم .

(٤٣) ١٥ مايو ١٩٨٥ السنة ٣٦ ص ٦٦٠ .

(٤٤) ٢٤ أكتوبر ١٩٨٣ السنة ٣٤ ص ٨٥٦ .

(٤٥) ٣٠ إبريل ١٩٨١ السنة ٣٢ ص ٤٣٧ .

(٤٦) نقض ٢٩ أكتوبر ٩٨٩ ط ٣٥٠٣ ، ٣٥٠٤ لسنة ٥٨ ق ، لم ينشر .

نقض ٤ فبراير ٩٩ ط ٩٩٥٩ لسنة ٥٩ ق لم ينشر .

ونقض ١١ فبراير ٩٩ ط ١٠٣٤١ لسنة ٥٩ ق لم ينشر .

نقض ١٨ فبراير ١٩٩٠ ط ١٠٧٤٤ لسنة ٥٩ ق لم ينشر .

نقض ١١ مارس ٩٩ طعن ٨٧٧٦ لسنة ٥٩ ق لم ينشر .

(٤٧) ٢٠ ديسمبر ١٩٨٣ السنة ٣٤ ص ١٠٦٢ ، ٢٩ إبريل ١٩٨٥ مجموعة

السنة ٣٦ ص ٥٨٩ .

تمهيد وتقسيم :

سوف نعرض فيما يلى
لجرائم إمتناع القضاة عن الحكم
فى الدعاوى ويطلق عليها بعض
الفقه جرائم إنكار العدالة
وسوف نعرض لهذا الموضوع فى
الفصول التالية : (١)

الفصل الأول : الحكم الشرعى
لإمتناع القاضى عن الحكم فى
الشرعية الإسلامية .

الفصل الثانى : جنابة إمتناع
القاضى عن الحكم فى
الدعوى .

الفصل الثالث : جنحة إمتناع
القاضى عن الحكم فى
الدعوى .

الفصل الرابع : الأصول الإجرائية
لجرائم القضاة .

الفصل الخامس : التعويض
عن الأضرار الناشئة عن جرائم
الإمتناع الواقعة من القضاة .

الفصل الأول

الحكم الشرعى لإمتناع
القاضى عن الحكم فى الشرعية
الإسلامية .

تمهيد وتقسيم :

سوف نعرض فيما يلى
للحكم الشرعى لإمتناع القاضى
عن الحكم فى الدعوى طبقاً
لأحكام ومبادئ الشرعية
الإسلامية وذلك فى مبحثين :

المبحث الأول : الحكم فى
القضية هو أهم واجبات القاضى
فى الشرعية الإسلامية .

المبحث الثانى : الحكم
الشرعى لإمتناع القاضى عن
الحكم بالقوانين الوضعية إذا
كانت مخالفة لأحكام الشرعية
الإسلامية .

المبحث الأول

الحكم فى القضية هو أهم
واجبات القاضى فى الشرعية
الإسلامية :

لقد ذكر فقهاء الشريعة
الإسلامية من الواجبات التى
يجب على القاضى أن يتقيد بها
وأن يضعها نصب عينيه ، وهو
يصدر الأحكام المتعلقة بأموال
الناس وحقوقهم وأعراضهم ،
ودمائهم ، حتى يتحقق القضاء
العادل المنصف الذى يساهم فى
رفع الظلم وإجتناى الجريمة من
المجتمع (٢) .

فحفاظاً على نزاهة القضاء
وعفته ، وحياده ، يجب على
القاضى أن يسوى بين الخصوم ،
وإلا يلقن أحدهم حجة وألا يمتنع
عن العدالة أو ينكرها ، وأن
تكون جلساته علنية وألا يهذى
رأيه أو يفتى فيما يعرض عليه
قبل فراغ الخصوم وألا يحكم
لنفسه ولا لأقاربه (٣) وأن
لا يمتنع عن الحكم فى القضايا
المعرضة عليه طالما كانت مهياة
ولا يوجد مانع شرعى للحكم
فيها ويجب عليه ألا يستجيب

لأى طلب مورد أو توصية للحكم على وجه معين فى القضايا المعروضة عليه^(٤) وإلا كان غير أمين على الأمانة التى خلقه الله فيها .

المبحث الثانى

الحكم الشرعى لإمتناع القاضى عن الحكم بالقوانين الوضعية إذا كانت مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية .

المبدأ لا يمتنع القاضى من الحكم بالقوانين الوضعية مادامت متفقة مع الشريعة الإسلامية .

ملخص القواعد الشرعية :

١- ليس للقاضى الذى نصبه السلطان للحكم بين الناس طبقاً للشريعة الإسلامية الإمتناع عن تطبيق القوانين الوضعية بحجة أنه لا يحكم إلا بالشريعة الإسلامية ولا يعترف بالقوانين الوضعية .

٢- عليه أن يحضر الجلسات وينظر القضايا التى يناط إليه نظرها مدنية كانت أم جنائية ، ويحكم فيما لا يرى أن حكمها الوضعى مخالف للشريعة

الإسلامية كره الودعة والقرض وأداء الدين ونجسو ذلك ، ويكون مؤاخذاً بالإمتناع .

٣ - لا يكون مؤاخذاً إذا إمتنع عن تطبيق القانون الوضعى فى الأمور الواضحة مخالفتها للشريعة الإسلامية ، كالحكم بالفائدة للدين ونحو ذلك .

نص الفتوى^(٥)

بكتاب السيد الفاضل (م . أ) النائب العام بطرابلس والذى يعرض فيه المسألة الآتية :-

إن مستشاراً قد إمتنع عن حضور الجلسات المدنية والجنائية طالباً أن يقتصر عمله على القضايا الشرعية وعندنا فى محكمة إستئناف طرابلس أربع قضايا ، علماً بأن زملائه الثلاثة من المشايخ يباشرون العمل فى دوائر الجنائيات . وفى الدوائر المدنية ، وحجته إنه لا يحكم إلا بالشريعة الإسلامية ، ولا يعتصم بالقوانين الوضعية (المدنى والعقوبات والمرافعات والتجارى) ولا يريد أن يطبقها أو يحكم على مقتضاها ، وهى قوانين تشابه القوانين المصرية

تماماً ، فما هو الرأى الشرعى فى شأن هذا المستشار المتنع عن أداء واجبه مع قبض مرتبه بانتظام ، وهل يؤيد الشرع فى ذلك مع إيراد المراجع الفقهية فى هذه المسألة ؟ .

- الإجابة على المسألة :

جاء فى البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج ٦ ص ٢٥٤ فى أول باب القضاء نقلاً عن البدائع (وفى البدائع الحكم بين الناس بالحق وهو الثابت عند الله تعالى من حكم الحادثة إما قطعاً بأن كان عليه دليل وهو النص المفسر من الكتاب أو السنة المتواترة أو المشهورة أو الإجماع وإما ظاهراً بأن أقام عليه دليلاً ظاهراً يوجب علم غالب الرأى أو أكثر الظن ، وهو ظاهر الكتاب والسنة ولو خبر واحد والقياس ، وذلك فى المسائل الإجتهدية التى إختلف فيها الفقهاء ، أو التى لا رواية فيها عن السلف فلو قضى بما قام الدليل القطعى على خلافه لم يجوز ، لأنه قضى بالباطل قطعاً ، وكذا لو قضى فى موضوع الإختلاف بما هو خارج

الحكم فى الجلسات المدنية والجنائية طبقاً للقانون الوضعى لا يكون محقاً فى إمتناعه عن حضور تلك الجلسات بحجة أنه لا يحكم إلا بالشرعة الإسلامية ولا يعترف بالقوانين الوضعية ، وذلك لأن القوانين الوضعية لا تخالف فى جملتها الشريعة الإسلامية ، بل منها ما يوافق الشريعة الإسلامية ومنها ما يخالفها ، وليس للقاضى أن يمتنع عن تطبيق القوانين الوضعية لأنها قوانين وضعية ولو كانت أحكامها مستمدة من الشريعة الإسلامية ، بل عليه أن يحضر الجلسات وينظر فى القضايا التى يناط إليه نظرها مدنية كانت أم جنائية ، ويحكم فيما يعرض عليه منها طبقاً للقوانين الوضعية فى الأمور التى لا يرى أن حكمها الوضعى مخالف للشرعية الإسلامية ، كالحكم برد الوديعة والقرض وأداء الدين ، وكالحكم بقتل القاتل العائد ونحو ذلك ويكون مؤاخذاً بالإمتناع ، ولا يكون مؤاخذاً إذا إمتنع عن تطبيق القانون الوضعى فى الأمور الواضح مخالفتها للشرعة

سماعها بعد النهى المذكور ، وطاعة الإمام واجبة فيما يوافق الشرع ، قال صاحب الدر المختار : أمر السلطان إنما ينفذ ، إذا وافق الشرع وإلا فلا . أشباه من القاعدة الخامسة وفوائد شتى ، وقد أجاب صاحب تنقيح الحامدية فى السؤال على ما إذا حكم القاضى بخلاف الشرع بقوله : إذا حكم الحاكم بخلاف الشرع الشريف وأعطى بذلك حجة لا ينفذ الحكم المذكور ولا يعمل بالحجة والحالة هذه . قال تعالى : (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون) (١) وقال عليه الصلاة والسلام " قاض فى الجنة وقاضيان فى النار " أى قاض عرف الحق وحكم به فهو فى الجنة وقاض عرف الحق وحكم بخلافه فهو فى النار ، وكذا قاض قضى على جهل على أن للسلطان أن يعزل القاضى بريبة أو بغير ريبة . نقل ذلك صاحب البحر عن الخلاصة والبزازیة ، وما سبق يتبين أن القاضى الذى ينصبه السلطان للحكم بين الناس طبقاً للشرعة الإسلامية ثم يطلب منه

عن أقاويل الفقهاء لم يجوز ، لأن الحق لم يعدوهم ، ولذا لو قضى بالإجتihad فيما فيه نص ظاهر بخلافه لم يجوز ، لأن القياس فى مقابلة النص باطل ولو كان ظاهراً) ، والقضاء يتخصص بزمان ومكان وخصومة . قال صاحب الدر المختار ج ١ ص ٥٣ فروع (القضاء مظهر لا مثبت ويتخصص بزمان ومكان وخصومة وعلق عليه أن عابدين صاحب رد المختار فى الجزء المذكور بقوله عزاء فى الأشياء إلى الخلاصة وقال فى الفتح من أول كتاب القضاء الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كقولہ إذا وصلت إلى بلدة كذا فأنت قاضيهما أو إذا وصلت مكة فأنت أمير الموسم والإضافة كجعلتك قاضياً فى رأس الشهر ، والإستثناء منها كجعلتك قاضياً إلا فى قضية فلان ولا تنظر كذا ، وقال صاحب الدر تسمية لكلامه السابق حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة فسمعها لم ينفذ ، ونقل عن الفتاوى الحامدية فتاوى من المذاهب الأربعة بعدم

٢. وسلوك إما سلبى فى صورة إمتناع عن الحكم وإما إيجابى فى صورة إصدار حكم قضائى ثبت يقيناً أنه غير حق .

٣. قيام صلة السببية بين هذا السلوك وبين أمر أو طلب أو رجاء أو توصية تلقى القاضى أيا منها من جانب موظف عمومى .

- فالعنصر المفترض هو توافر صفة القاضى فى فاعل الجريمة ، والمراد به القاضى المعين من الدولة بقرار جمهورى ، وبالتالي فلا يسرى نص المادة على المحكم الذى يختاره الخصوم طبقاً للمادة ٥٠١ وما بعدها من قانون المرافعات المدنية والتجارية (٨) .

والعنصر الثانى فى الركن المادى هو إتخاذ القاضى إما سلوكاً سلبياً فى صورة إمتناع عن الحكم وإما سلوكاً إيجابياً فى صورة إصدار حكم بثبت إنه غير حق (٩) .

ويحق التساؤل عن كيفية ثبوت أن المحكم غير حقيقى ، فلا شك فى إنه لا يقام وإن فى هذا الصدد لرأى أى من

تنص المادة ١٢١ على عقاب القاضى الذى يصدر حكمه بناء على التوسط أو الأمر أو الطلب أو الرجاء أو التوصية أو يمتنع عن الحكم بسبب من ذلك بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبالمزول ولما كان القانون ٦٩ لسنة ١٩٥٣ وقد إستحدث حكماً جديداً بالمادة ١٠٥ مكرراً يقضى بعقوبة السجن على الموظف العمومى الذى يقوم بعمل من أعمال الوظيفة أو يمتنع عن أدائه نتيجة إرجاء أو نحوه فقد رأى تنسيقاً للعقوبات فى الجرائم المتماثلة تعديل المادة ١٢١ بتغليظ العقاب عليها لتكون بالسجن والمزول .

ثانياً : الأركان القانونية للجريمة :

تقوم الجريمة على ركنين ركن مادى وركن معنوى .

أ- الركن المادى للجريمة :

يتكون الركن المادى من العناصر الآتية :

١- عنصر مفترض هو توفر صفة القاضى فى فاعل الجريمة .

الإسلامية ، كالحكم بالفائدة للدين وهى ربا محرم ، ونحو ذلك من الأمور التى إتفق الفقهاء على عدم حلها .

الفصل الثانى

جناية إمتناع القاضى عن الحكم فى الدعاوى .

أولاً : النص القانونى :

تنص المادة (٢) من قانون العقوبات على أن " كل قاضى إمتنع عن الحكم أو صدر منه حكم ثبت إنه غير حق ، وكان ذلك بناء على سبب من الأسباب المذكورة فى المادة السابقة يعاقب بالمعقوبة المنصوص عليها فى المادة ١٠٥ مكرراً وبالمزول " (١٠) .

وقد عدلت هذه المادة بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٥٧ الصادر فى ١٩/٥/١٩٥٧ ، ونشر فى ١٩/٥/١٩٥٧ .

وقد تضمنت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٥٧ ما يأتى :

ثالثاً : فى الباب الخامس من الكتاب الثانى من قانون العقوبات :

٢. الركن المعنوي للجريمة:

الركن المعنوي للجريمة هو القصد الجنائي بأن ينتوى القاضى الإمتناع عن الحكم أو إصدار حكم غير حق بناء على أمر أو طلب أو رجاء أو توصية من موظف عمومى عن علم بالعنصر الأخير وعن علم يتجاوز الأوان الذى كان واجباً أن يصدر الحكم فيه أو عن علم بصفته الجور فى الحكم الصادر فإذا إستجاب القاضى للأمر أو الطلب أو الرجاء أو التوصية وأصدر حكماً غير حق كان جاهلاً وجه تنافيه مع الحق ، فلا يتوافر القصد الجنائي لتخلف العلم اللازم لقيامه ولا تتحقق الجريمة ومن ثم فإن الركن المعنوي لا يتوافر فى الفرض الأخير إلا إذا كان وجه الجور فى الحكم مفضوحاً إلى حد يستبعد معه أن يكون القاضى حسن النية .

ثالثاً : الطبيعة القانونية للجريمة :

- تعتبر الجريمة فى صورتها الأولى من إمتناع عن الحكم جريمة سلبية من النوع المعرّف

وهى إقامة العدالة وضعاً لحق فى نصابه (١٠)

والعنصر الثالث فى الركن المادى هو أن تقوم بين ذلك السلوك السلبى أو الإيجابى للقاضى وبين أمر أو طلب أو رجاء تلقاه هذا الأخير أو توصية وجهت إليه من موظف عمومى ، صلة السبب بالسبب .

والمفهوم أن يكون مصدر الأمر أو الطلب أو الرجاء أو التوصية موظفاً عمومياً فإن كان مصدر هذه الأمور عادياً من أحد الناس ، فإن القاضى الذى إستجاب لهذا الفرد يعاقب لا طبقاً للمادة ١٢١ التى نحن بصدها وإنما طبقاً للمادة : ١٠٥ مكرراً التى تعاقب الموظف العمومى (والقاضى صورة من صوره) على قيامه بوظيفة أو إمتناعه عن القيام بها أو إخلاله بواجباتها نتيجة لرجاء أو توصية أو وساطة (١١) ولم تشترط المادة فى الأمور الأخيرة إن تصدر من موظف عمومى مثلاً إشتربت ذلك المادة ١٢١ بإحالتها إلى المادة ١٢٠ السابقة عليها (١٢) .

خصوم الدعوى ، كما لا يلزم إنتظار إلغاء حكم القاضى غير الحق بالإستئناف أو بالنقض .

وبالتالى إن المرجع فى ثبوت صفة الجور لحكم القاضى ، هو أولاً وأخيراً تقرير اللجنة القضائية المشكلة طبقاً لقانون السلطة القضائية للنظر فى جرائم القضاء وإذا سلمنا للجنة وحده بإحتمال وقوع هذه اللجنة فى خطأ وباعتبارها حكم القاضى غير حق مع أنه إنتهت مراحل التقاضى بثبوت أنه على حق ، فإن هذا لا يعنى فوات الفرصة على القاضى المتهم لإثبات براءته ، إما عن طريق الطعن بالنقض فى حكم محكمة الجنايات وإما عن طريق إلتماس إعادة النظر .

- وقد أطلق الفقه الراجع فى مصر وفرنسا على هذه الجنايات ، إسم إنكار العدالة de'ni de Justice سواء قتل هذا الإنكار فى الإمتناع عن الحكم بما تقلبه العدالة أم فى عصيان ما يوجبه ضمير العدالة . ففى الحالتين يفتكر القاضى للرسالة الملقى بها على عاتقه

جرعة الحدث. المتخلف الحادث. المتخلف هو النطق علناً بالحكم بعد إعداده أسباباً ومنطقاً باستخدام ملكة الوعي والشعور في فهم الواقعة وملكة الإرادة في إنزال حكم القانون عليها .

تعتبر الصلوة الثانية وهي إصدار حكم غير حق ، فالجرعة إيجابية لا سلبية .

وفي الصورتين يصدق على الجريمة إنها شكلية إذ لا يشترط القانون أن ينتج عن السلوك المكون لها ضرر أو خطر .

ولا يتصور الشروع في الجناية في حالة الإمتناع عن الحكم لأنه مجرد حلول أوان الحكم دون إصدار له ، تعتبر الجريمة كاملة . ومعنى ذلك هو إنه إما أن يتحقق الإمتناع فتقع الجريمة وإما ألا يعتبر متحققاً بعد فلا تقع الجريمة أصلاً (١٢)

أما في حالة إصدار حكم غير حق ، فالشروع متصور كما لو ضبط مفتش قضائي مسودة الحكم الجائز ولم يكن القاضي قد وقع عليها ولم يكن قد نطق علناً بالحكم (١٣)

وإيعاقوبة الجريمة :

أ- عقوبة الجريمة التامة :

... قررت المادة ١٢١ للجريمة العقوبة المنصوص عليها في المادة ١٠٥ مكرراً فضلاً عن عزل القاضي ، وهذه العقوبة هي السجن وغرامة لا تقل عن مائتي جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه . والمادة الأخيرة في باب الرشوة (١٤) .

٢ - عقوبة الشروع في الجريمة :

ويرى الأستاذ الدكتور وميسس بهنام أنه :

إذا وقعت الجريمة ناقصة في صورة شروع في إصدار حكم غير حق ، فتكون العقوبة طبقاً للمادة ٤٦ ق ع هي السجن مدة لا تزيد على نصف الحد الأقصى المقرر قانونياً للجناية التامة (أي مدة لا تزيد على سبع سنوات ونصف) أو الحبس وفي حالة إدانته بالسجن يكون العزل عقوبة تبعية طبقاً للمادة ٢٥ ع . أما إذا قضى عليه بالحبس أخيراً بأسباب الرأفة فلا يحكم عليه بالعزل لأن المادة

٢٧ ع إذا نصت على العزل كمعقوبة تكميلية وجوبية اشترطت لذلك أن تكون الجناية الواقعة من الموظف مما نص عليه في الباب الثالث والرابع والسادس والسادس عشر من الكتاب الثاني من قانون العقوبات . ولما كانت الجناية التي نحن بصددنا منصوصاً في الباب الخامس من الكتاب الثاني ، فلا يعمل في صدها بحكم المادة ٢٧ ، أي لا يتقرر العزل كمعقوبة وجوبية تكميلية لعقوبة الحبس (١٥) .

يضاف إلى ذلك أن الشروع في الجناية لا يحكم فيه بالفرامة المقررة لحالة الجناية التامة ، لعدم نص المادة ٤٦ على حكم الفرامة في الجناية المشترع فيها حين تكون الفرامة مقررة كمعقوبة أساسية للجناية التامة ، فلم يبين القانون مصير هذه الفرامة حين تقع الجناية في صورة ناقصة هي صورة الشروع .

الفصل الثالث

جنتحة إمتناع القاضي عن الحكم في الدعوى .

أولاً: النص القانوني :

إنكار العدالة يكون جنحة إن لم يكن راجعاً إلى أمر أو طلب أو رجاء ، واتخذ صورة الإمتناع عن الحكم تباطؤ وتثاقلاً دون أي وجود لأمر أو طلب أو رجاء أو توصية (١٧) .

وقد نصت المادة ١٢٢ على أنه " إذا إمتنع أحد القضاة في غير الأحوال المذكورة عن الحكم يعاقب بالعزل وغرامة لا تزيد على مائتي جنيه مصرى وبعد تمتعاً عن الحكم وكل قاض أبى أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلب إليه في هذا الشأن بالشروط المبينة في قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية ولو إحتج بعدم وجود نص في القانون أو بأن النص غير صريح أو بأى وجه آخر " .

ثانياً: أركان الجريمة :-

تقوم الجريمة على ركن مادي وركن معنوي :-

أ- الركن المادي للجنحة :-

ويشمل ركنها المادي العناصر الآتية :-

١- عنصر مفترض في فاعل الجريمة هو أن يكون قاضياً .

٢- صدور سلوك سلبى من القاضى في صورة إمتناعه عن الحكم رغم كون الدعوى مهيأة للحكم فيها . دون أن يلقى من أحد أمراً بذلك أو طلباً أو رجاءً أو توصية (١٨) .

٣- تحقق شرط للعقاب هو تقديم إلى القاضى طبقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية كى يصدر حكمه ومع ذلك يصير على إمتناع إصداره .

فلا تقع الجريمة إلا من قاض إذ حدثت المادة فاعلها بإثباته أحد القضاة (٢٠) .

والعنصر الثانى في الركن المادي سلوك سلبى من جانب القاضى هو إمتناعه عن إصدار الحكم . ولا يتحقق الإمتناع عن إصدار الحكم إلا منذ اللحظة التى صار فيها هذا الإصدار واجباً لصيرورة الدعوى مهيأة لتكوين الرأى فيها وقبل هذه اللحظة لا يتصور حدوث إمتناع عن الحكم ، كما أنه إذا تحقق هذا الإمتناع عقب صلاحية الدعوى للحكم فيها، يتعين ألا يكون راجعاً إلى أمر أو طلب أو رجاء أو توصية ،

وإلا تحققت الجناية المعاقب عليها في المادة ١٢١ السابق الكلام عليها .

والعنصر الثالث في الركن المادي يتطلب في الإمتناع عن الحكم أن يظل هذا الإمتناع قائماً رغم تقديم صاحب المصلحة طلباً إلى القاضى الممتنع بأن يصدر حكمه خلال أجل معين ، ومع ذلك ينقض هذا الأجل دون إستجابة من جانب القاضى .

ولا يجدى القاضى التعلل بأنه لا يوجد نص في القانون أو بأن النص غير صريح أو بأى وجه آخر .

لأنه إذا كان القاضى جنائياً ولم يجد نصاً في القانون يتعين عليه بالبداية أن يسارع بإصدار حكمه ببرائة المتهم . وإذا كان القاضى مدنياً لم يجد في القانون المدنى نصاً ، تلزمه الفقرة الثانية من المادة الأولى في هذا القانون بأن يصدر رغم ذلك حكمه بمقتضى العرف . فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد . فيمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة

الفصل الرابع

الاصول الإجرائية للجرائم الواقعة من القضاة

- نطاق الحماية الإجرائية للقضاة في القانون المصري .

قرر المشرع المصري قواعد إجرائية خاصة بالقضاة لأول مرة بموجب " قانون إستقلال القضاء " الصادر في ١٠ يوليو ١٩٤٣ . فقد كان القضاء قبل هذا التاريخ خاضعين للقواعد العامة في التحقيق والمحاكمة عن الجرائم التي تنسب إليهم (٢٢) ومنذ ذلك التاريخ والمشرع يفرده حصانة إجرائية للقضاة نص عليها في القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ والقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ثم القانون الحالي للسلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ .

ولم يتضمن الدستور المصري نصاً خاصاً بالمساءلة الجنائية للقضاة عما قد يقع منهم من جرائم ، إذ اقتصر على النص على المسؤولية التأديبية وحدها وذلك في المادة ١٦٨ منه التي تقرّر " وينظم القانون مسألتهم - أي القضاة - تأديبياً " .

ثالثاً : طبيعة الجريمة :

هذه الجريمة من الجرائم السلبية ومن نوع هذه الجرائم المسمى بجريمة الحدث المتخلف . وسبق لنا منذ برهة بيان المقصود بذلك .

وهذه الجريمة سلبية ، وشكلية لكون القانون لا يستلزم في الحدث المتخلف أن ينشأ عن تخلّفه أو بتشكّل خطر .

كما أن السلوك السلبي المكون للجريمة ، يعتبر سلوكاً ذا مضمون نفسي هو الإمتناع عن إظهار إرادة يتطلب القانون إبداءها هي إرادة إعمال حكم القانون في موضوع الدعوى حسماً لها .

وهذه الجريمة لا تقبل الوقوع على صورة ناقصة هي الشرع إما أن يتحقق الإمتناع فتقع الجريمة كاملة وإما ألا يتحقق فلا تقع جريمة ولا وسط بين الأمرين (رابعاً : عقوبة الجريمة -

نصت المادة ١٧٢ على عقوبة الجريمة محددة إياها بالمزول وغرامة لا تزيد على مائتي جنيه ، وهذه عقوبة جنحة (٢٣)

وإذا كان النص غير واضح ، تعين على القاضي جنائياً كان أم مدنياً أن يفسره على هدى أساليب التفسير المنطقي لأحكام القانون (٢٤) .

وليس للقاضي أن يحتج بأي أمر آخر يجرّجه من أن يؤذى حكمه شعور شخص عزيز عليه . فالواجب عليه في مثل هذه الحالة أن يتنحى كي يفصل في الدعوى قاض آخر غيره ، لا أن يبقى على الدعوى معلقة منع إنها مهياة للفصل فيها .

٢- الركن المعنوي للجنحة :

الركن المعنوي للجريمة ، فهو القصد الجنائي كنية وكوعى بالملايسات التي تطلب القانون إحاطتها بالسلوك كي تكون الجريمة . ومن ثم فإنه إذا اعتقد القاضي جدباً افتقار الدعوى إلى عنصر لازم كي يكون عقيدته فيها مع أن هذا اللزوم غير قائم إلا في مخيلته ، لا تتوافر الجريمة في حقه معنوياً على الرغم من قيامها مادياً وإذا كان القانون يعاقب على الإمتناع المتعمد عن إصدار الحكم فإنه لا يقر بتوافر جريمة ما في الإمتناع الأوعن .

والحكمة من هذه النصوص حماية القاضى عن عسف السلطة التنفيذية أى تطبيقاً لمبدأ الحضانة القضائية وهم قضاة المحاكم ومستشارو الإستئناف والنقض طبقاً للدستور والقانون والسلطة القضائية (٢٨).

وظاهر من النص - بالنسبة لرفع الدعوى - إنه لا يجوز رفعها على القاضى فى جناية أو جنحة إلا بإذن من اللجنة المنصوص عليها فى المادة ٩٤ من قانون السلطة القضائية ، أما المخالفات فقد أسعفت لتفاتها .

أما بالنسبة لإجراءات التحقيق فى الجناية المتهم فيها قاض ، فترق الشارع بين حالة التلبس وغيرها ، ونوضح ذلك فيما يلى :

أولاً : فى غير حالات التلبس لا يجوز إتخاذ أى إجراء ضده شخصياً كالتقبض عليه وحسبه احتياطياً وتفتيش منزله واستجوابه أو تكليفه بالحضور إلا بإذن اللجنة المذكورة إنما يجوز إتخاذ باقى الإجراءات

إتخاذ أى إجراء من إجراءات التحقيق مع القاضى أو رفع الدعوى الجنائية عليه فى جناية أو جنحة إلا بإذن من اللجنة المذكورة وبناء على طلب النائب العام .

ويجرى حسب القضاة وتنفيذ العقوبات المفيدة للحرية بالنسبة لهم فى أماكن مستقلة عن الأماكن المخصصة لحبس السجناء الآخرين (٢٩) .

وتنص المادة ٩٥ من القانون المشار إليه على أنه " إستثناء من أحكام الإختصاص العامة بالنسبة إلى المكان ، تعين اللجنة المنصوص عليها فى المادة السابقة (٩٤/م) بناء على طلب النائب العام المحكمة التى يكون لها أن تفصل فى الجنح والجنايات التى تقع من القضاة ولو كانت غير متعلقة بوظائفهم (٣٠) "

ونصت الفقرة الأولى من المادة ٩٧ من قانون السلطة القضائية على أنه " يترتب حتماً على حبس القاضى بناء على أمر أو حكم وقفه عن مباشرة أعمال وظيفته مدة حبسه " .

وقد ورد النص على الحصانة الإجرائية للقضاة فى المادة ٩٦ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ الصادر فى أول أكتوبر ١٩٧٢ (٣١) حين نصت على أنه :

" فى غير حالات التلبس بالجريمة لا يجوز القبض على القاضى وحسبه احتياطياً إلا بعد الحصول على إذن من اللجنة المنصوص عليها فى المادة ٩٤ (٣٢) .

وفى حالات التلبس يجب على النائب العام عند القبض على القاضى وحسبه أن يرفع الأمر إلى اللجنة المذكورة فى مدة الأربع والعشرين ساعة التالية وللجنة أن تقرر إما إستمرار الحبس أو الإفراج بكفالة أو بغير كفالة وللقاضى أن يطلب سماع أقواله أمام اللجنة عند عرض الأمر عليها .

وتحدد اللجنة مدة الحبس فى القرار الذى يصدر بالحبس أو بإستمراره وتراعى الإجراءات سالفة الذكر كلما رأت إستمرار الحبس الإحتياطى بعد إنتضاء المدة التى قررت اللجنة .

وفىما عدا ما تقدم لا يجوز

الأخرى كسماح شهود أو ندب خبير أو إجراء معاينة متصلة بشخصه .

ثانياً: فى حالة التلبس بجوز القبض على القاضى وحسبه إنما يجب رفع الأمر من النائب العام إلى اللجنة فى مدة الأربع والعشرين ساعة التالية لتقرير استمرار الحبس أو الإفراج بكفالة أو بغير كفالة ، وللقاضى أن يطلب سماح أقواله أمام اللجنة عند عرض الأمر عليها ومتى صح التفتيش بغير رجوع إلى اللجنة .

ورفع الأمر إلى اللجنة المنصوص عليها فى المادة ٩٤ للإذن بالقبض والحبس واستمراره فى الجنايات والجنح موكل إلى النائب العام (٢٨)

تحديد المحكمة المختصة بمحاكمة القضاة فى مصر :

نصت المادة ٩٥ من قانون السلطة القضائية على أنه " إستثناء من أحكام الاختصاص العامة بالنسبة للمكان تعين اللجنة المنصوص عليها فى المادة السابقة (مجلس القضاء الأعلى حالياً) بناء على طلب

النائب العام المحكمة التى يكون لها أن تفصل فى الجنح أو الجنايات التى تقع من القضاة ولو كانت غير كتعلقة بوظائفهم " ، وهكذا يبدو أن المشرع قد خرج على القواعد العامة التى تحكم الاختصاص المكانى رغبة فى ألا يحاكم القاضى أمام المحكمة التى يعمل بها أو يعمل فى دائرتها خشية أن تتجرى معاهاته من جانب من يتولون النظر فى دعواه أو أن يكون فى ذلك مساس بكرامة وهيبة السلطة القضائية بصفة عامة أمام سمع وبصر جمهور المتقاضين (٢٩)

الفصل الخامس

تعويض الأضرار الناشئة عن جرائم الإمتناع التى تقع من القضاة فى مصر .

نظم المشرع سبيلاً لمقاضاة القضاة ، هو سبيل المخاصمة ، فأوضح حالاتها وبين إجراءاتها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية (المواد ٩٤-١٠٠) تحت عنوان " مخاصمة القضاة وأعضاء النيابة العامة " (٣١) ولم يرد نص فى قانون الإجراءات

الجنائية بشأن مخاصمة القضاة إكتفاء بالقواعد فى قانون المرافعات ، ومن المتفق عليه أن هذه القواعد تسرى على القاضى الجنائى كما تسرى على القاضى المدنى دون تفرقة بينهما فى هذا الشأن (٣٢) وتهدف دعوى المخاصمة إلى كشف إنحراف القاضى عن واجبه وترتيب أثره بالنسبة لبطان الحكم وتقرير المسئولية المدنية للقاضى (٣٣) وكذلك الشأن أيضاً بالنسبة لعضو النيابة العامة فيما يقع منه متصلاً بعمله .

وسوف نعرض للحالة التى يشكل فيها ما وقع من القاضى أو من عضو النيابة العامة جريمة إمتناع وحالة من حالات المخاصمة إذا كان ما وقع هذا متصلاً بعمله لبيان الطريق أسام من أصابه ضرر إلى تعويضه ، فى هذه الحالة يكون على المضرور أن يترقب خطئ النيابة العامة بحيث إذا ما تقدمت بطلب الإذن من المجلس الأعلى للقضاء وتحركت الدعوى الجنائية كان له أن يقيم مدعياً مدنياً وفق القواعد العامة المقررة فى قانون الإجراءات الجنائية ، أما إذا لم

أن يحرك الدعوى الجنائية بطريق
الإدعاء المباشر .

ويعتبر المسبيل الأكثر
ضماناً لحقوق المجنى عليه هو
مسبيل الإدعاء المدني أمام
المحكمة الجنائية التي تتحرك
الدعوى العمومية ضد القاضى
أو عضو النيابة العامة أمامها
ذلك أن المخاصمة طريق عسير
من الناحية العملية لأن قرص
قبول دعواها نادرة في التطبيق
بحيث صارت سبيلاً إلى حماية
القضاة لا إلى مقاضاتهم (٣٧)

لا صلة لها بعمله ، ولا تنشأ
بالتالى حالة من حسالات
المخاصمة فللمضروور من الجريمة
أن يدعى مدنياً بالتبعية للدعوى
الجنائية إذا ما تحركت وفق
الشروط والأوضاع المقررة في
قانون السلطة القضائية والتي
سبق بيانها تفصيلاً (٣٨) أما إذا
لم تتحرك الدعوى الجنائية
فيكون للمضروور أن يقيم دعواه
في التعويض أمام القضاء
المدنى وفق القواعد العامة .
ولا يكون في هذه الحالة أيضاً

تتقدم النيابة بطلب إذن أو
رفضه لمجلس القضاء الأعلى أو
لم يأذن برفع الدعوى فيكون
للمضروور ، والحال هكذا ، أن
ينبع طريق المخاصمة على النحو
المبين في قانون المرافعات
المدنية والتجارية (٣٩) وغنى عن
البيان أن المضروور من الجريمة
لا يمكنه أن يحرك الدعوى
الجنائية بنفسه عن طريق
الإدعاء المباشر (٤٠)

فإذا كان ما وقع من القاضى
أو من عضو النيابة يشكل جريمة

إذا دعيتكم قدرتكم على الناس إلى ظلمهم . فاذكروا

قدرة الله عليكم .

« أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز »

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١) أنظر في تفصيل هذا الموضوع كتابنا جرائم الإمتناع في قانون العقوبات الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية ١٩٩٠ .

(٢) أنظر في كتابنا جرائم الإمتناع في قانون العقوبات ص ٣٧٠ الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية الطبعة الأولى ١٩٩٠ ، وقد عرضنا فيه بالتفصيل لمبرية الإمتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية .

(٣) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي فن الحكم في الإسلام ص ١٠٠ والدكتور محمد عبد الرحمن البكر السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي .

(٤) راجع لنا في خصائص المحقق الجنائي كتابنا التحقيق الجنائي العملي في الشريعة الإسلامية والقانون الرضوي وأنظر لنا في أصول التحقيق كتابنا التحقيق الجنائي الفني والبلعث الجنائي الناشر المكتب الجامعي الحديث بالأسكندرية .

(٥) الفتى فضيلة الشيخ حسن مأمون - ص ٧٨ - م ٢١٤ - ص ١٩٣ - ٢٦ ربيع الثاني ١٣٧٩ هـ - ٢٩ فبراير ١٩٧٩ م .

(٦) من الآية رقم ٤٥ من سورة المائدة . أنظر لنا في هذا الشأن كتاب التحقيق الجنائي العملي في الشريعة الإسلامية والقانون الرضوي . الناشر مؤسسة شباب الجامعة بالأسكندرية وأنظر لنا كذلك أصول أعمال النيابة والتحقيق الجنائي الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية توزيع دار النهضة العربية بالقاهرة .

(٧) قدر الفرامة معدل بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ الصادر بتاريخ ١٩٨٢/٤/٢٢ ونشر في ١٩٨٢/٤/٢٢ ، وكان قبل التعديل حسين جنبها مصرى . راجع ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ تحت المادة ٢٠ . (٨) د. ومسيس بهنام المرجع السابق ص ٢٤٤ .

(٩) ومن البديهي أنه للقول بوجود إمتناع عن الحكم يجب أن تكون الدعوى قد اكتملت العناصر اللازمة للحكم فيها ، أى تكون مهية للحكم طبقاً لتعبير قانون المرافعات المدنية والتجارية . أنظر في تفصيل هذا الموضوع كتابنا . جرائم الإمتناع في قانون العقوبات ص ٢٧ وما بعدها الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية .

(١٠) يلاحظ إن المادة المقابلة في قانون العقوبات الفرنسي وهي المادة ١٨٥ تناول فرض إمتناع القاضي عن الحكم إشارة إلى فرض إصداره حكماً غير حق ، وحتى ذلك الفرض تشترط المادة لمقاي على إمتناعه أن يظل مصرى عليه رغم التنبيه عليه بإصدار الحكم من جانب رؤسائه ، أنظر كتابنا جرائم الرمتناع في قانون العقوبات ص ٢٧٦ .

(١١) الدكتور ومسيس بهنام المرجع السابق ص ٢٤٥ .

(١٢) العقوبات طبقاً للمادة ١٠٥ مكرراً السجن وغرامة لا تقل عن مائتي جنيه ولا تزيد على خمسمائة .

(١٣) كما إذا كانت الدعوى لم تنته بعد للحكم إذ يتلصصا لتكوين الرأى فيها أمر لم يتوافر بعد .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١٤) د. رمسيس بهنام النظرية العامة للقانون الجنائي : وقد جرت العادة على أن يفتحص المفتش القضائي القضية المحكوم فيها فعلاً وبالتالي فإنه من النادر أن يفتحص ملف قضية لم يحكم فيها بعد ، ما لم يتعمد ذلك للتحقيق من صدق شائعة أثبتت حول القاضى .

(١٥) تنص المادة ١٠٥ مكرور من قانون العقوبات على أن " كل موظف عمومى قام بعمل من أعمال وظيفته أو أخل بواجباتها نتيجة لرجاء أو توصية أو وساطة يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن مائتى جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه " .

(١٦) وقد يقول قائل المادة ١٢١ إذ نصت على العزل يصدد الجنابة النامة يكون مفهوماً أن الحكم به واجب حتى فى الجنابة الناقصة أى المشروع ، وإن كان القاضى الثالث فى حقه هذا المشروع ، يعزل تأديبياً بغير حاجة إلى عزل له فى حكم محكمة الجنابات . د. رمسيس بهنام المرجع السابق ص ٢٤٧ وهامشها .

(١٧) فلا جريمة فى واقعة إصدار حكم غير حق وإنما إستقلالاً عن أى أمر أو طلب أو رجاء أو توصية ومن ثم فلا يكون على ضحية هذا الحكم سوى أن يظعن فيه بالطرق التى رسمها القانون .

(١٨) يعاقب على النص كما قرر الدكتور رمسيس بهنام أنه قدم فى عبارته العزل وهو عقوبة تكميلية على الغرامة ، مع أن هذه هى العقوبة الأصلية ، الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية ص ٢٤٩ وهامشها .

(١٩) أنظر لنا جرائم الإمتناع المرجع السابق ص ٢٨١ وما بعدها .

(٢٠) ومن ثم لا يدخل فى منلوله الحكم .

(٢١) الدكتور رمسيس بهنام النظرية العامة للقانون الجنائي . راجع لنا فى أساليب التفسير المنطقي كتابنا التصرف فى التحقيق الجنائي وطرق الطعن فيه الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية .

(٢٢) راجع لنا بشأن التجريم فى قوانين المخدرات كتابنا " التجريم والعقاب فى قوانين المخدرات الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية .

(٢٣) أنظر د. محمود مصطفى لفرة ٧٤ ص ١٠٢ .

(٢٤) إذا تضمن قانون السلطة القضائية نصوصاً تنظم الإجراءات الواجب إتباعها أمام القضاء أعتبرت هذه النصوص مكملة لقانون الإجراءات الجنائية فيما لم يرد بشأنه نص فيه . د. مأمون سلامة . لفرة ٨ ص ٢٠ .

(٢٥) وهذه اللجنة تتكون من رئيس محكمة النقض واحد نوابها ورئيس محكمة إستئناف القاهرة الأذن لله هو الموافقة على الشيء بعد العلم به ، فيقال أذن بالشيء أى علم به ، ويقال فعله بإذنى أى علمى ، ومنها الأذان أى الأعلام بالأمر . ويعنى أيضاً ،

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

ويعني أيضاً أذن بالشئ أى إباحة له وإجازه وإستأذنه أى طلب منه الأذن . أنظر
المتحدة في الإعلام ص ٩١٥ .

والأذن إصطلاحاً هو إجراء يصدر من جهة معينة تعبر به علم إعتراضها والسماح
بالسير في إجراءات الدعوى الجنائية ضد شخص معين ينتمى جريمة معينة أرتكبت ضدها .

(٢٩) تقابل المادة ١٠٦ من قانون السلطة القضائية السابق رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ .

(٢٧) تقابل هذه المادة ١٠٥ من قانون السلطة القضائية السابق وأرجع الدكتور عبد
المعظم وزير الجوانب الإجرائية لجرائم المواطنين ص ١٠٣ .

(٢٨) ينص الدستور عن إن القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير
القانون ، ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضايا أو في شئون العدالة وينص على أن
القضاة غير قابلين للمزل على الوجه المبين بالقانون .

(٢٩) تمنا بتفصيل هذا الموضوع في المحاضرة التي ألقينها على رجال القضاء
والنيابة العامة في فرنسا بيني وزارة العدل بباريس يوم ١٩٩٠/١/٥ ، كما عرضنا
للمسؤولية التأديبية لأعضاء مجلس الدولة في مصر في محاضرة أخرى ألقينها على
السادة مستشاري مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٩٠/١٢/٢٨ .

(٣٠) د . أحمد فتحى سرور : الوسيط في قانون الإجراءات ص ٧٢٩ ، د . حسنى
المرصافى الإجراءات .. ص ٢٩٤ وهامش ٤٧ وهذا المعنى قضى بأن حلة هذا النص هي
البعد بمحاكمة القاضي عن المكان الذى إقترب فيه بجريته أو ضبط فيه أو يقيم فيه ..
محكمة أمن الدولة العليا ، أول إبريل ١٩٨٥ .

(٣١) أنظر د . رؤف عبيد الإجراءات ص ٦١١ وما بعدها ، د . رمسيس بهنام :
الإجراءات الجنائية فقرة ٨٦ ص ٢٣١ .

(٣٢) أنظر د . محمود مصطفى : الإجراءات فقرة ص ٧٤ ، ٧٣ .

(٣٣) د . رمسيس بهنام المرجع السابق فقرة ٩٠ ص ٢٩١ وأنظر إستئناف
المنصورة ٣٠ يناير ١٩٧٨ الإستئناف رقم ١٣٩ لسنة ٩٤ ق مجلة إدارة قضايا حكومة
س ٢٢ عدد ٢ ص ٢٩٧ .

(٣٤) د . أحمد فتحى سرور : جريمة الإهمال في أداء الوظيفة ص ١٥٣ ، د .
رمسيس بهنام : المرجع السابق . أنظر لنا جرائم الإمتناع المرجع السابق ص ٢٨٩ .

(٣٥) د . رؤف عبيد ص ١٢٤ ، ١٢٥ .

(٣٦) د . محمد محي الدين عوض : الإجراءات ٤٧ ص ٤٣ .

(٣٧) د . عبد المعظم وزير ، المرجع السابق ص ٤٥٣ ، د . محمود مصطفى
الإجراءات ص ٧٣ .

علاقة الموظف بالإدارة

بين اللائحية والتعاقدية

دراسة في الفقه والقضاء الفرنسي والمصري

للمسيد الاستاذ

د. حسنى درويش عبد الحميد

المستشار لاسماء لمجلس الدولة

تقديم وتقسيم :

أثارت طبيعة العلاقة بين الموظف والإدارة جدلاً في الفقه والقضاء على بادئ الأمر ، أتجه الفقه - في صدد تكييف تلك العلاقة - إلا أنها علاقة تعاقدية . وقد استعار الفقه نتائج أعمال مبدأ - العقد شرعة المتعاقدين - وطبقها - على تلك العلاقة .

وقد هجر الفقه هذا التكييف لما أظهره التطبيق من نتائج تتعارض مع مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد .

وفي محاولة لتجنب مساوئ هذا التكييف ، تبنى الفقه فكرة المركز النظامي أو اللائحة للموظف وهو ما يعرف بالنظرية اللائحية أو النظامية ، وعلى نحو ما هو آت في موضعه .

ولقد استقر الفقه والقضاء على تطبيق هذا التكييف ردها طويلاً من الزمن ، بل لا نغالي إذا قلنا أن هذا التكييف غداً من قبيل

المسلمات في الفكر الإداري الحديث ، حتى أصبح مجرد إثارة فكرة التعاقدية في صدد العلاقة بين الموظف والإدارة أو طرحها للمناقشة ، يلقى معارضة شديدة .

وإذا كنا من أنصار هذه النظرية - إلا أن بعض الظروف والاعتبارات العملية ، فرضت نفسها وأثرت بدرجة ملحوظة ، على هذه العلاقة .

وبدأت بعض الأصوات تنادى بتطبيق فكرة التعاقدية في بعض تصرفات الإدارة تجاه موظفيها بما لا يخل بفكرة اللائحية وفي حدودها . وقد بدأ ذلك واضحاً في صدد قرارات الإدارة بالترقية أو النقل المصحوب بإزاياء مادية ، إذ يتقدم الموظف الذي حل عليه الدور للترقية أو صدر قرار ينقله (نقل مكاني) محسوباً بإزاياء مادية ، يقر فيه بعدم رغبته في الترقية أو النقل .

وهنا يشور تسأول مؤداه ، هل يجوز للموظف النزول عن ترقيته أو تعيينه أو القرار الصادر بنقله وما أثار ذلك النزول في شرعية القرار الإداري ؟

وأخيراً ما أثر ذلك النزول على طبيعة العلاقة النظامية أو اللائحية التي تربط الموظف بالإدارة ؟ وللإجابة عن هذه التساؤلات ، تنقسم دراستنا - في هذا الصدد - على النحو التالي :

فصل تقيدي : طبيعة علاقة الموظف بالإدارة .

فصل أول : تعريف النزول عن الحق في الفقه والقضاء .

فصل ثان : اتجاهات الفقه والقضاء الفرنسي

في صدد فكرة النزول عن الحق التي تولدت من القرار الإداري .

فصل ثالث : اتجاهات الفقه والقضاء المصري في صدد فكرة

وأزاء عجز النظرية التعاقدية بشرطها عن تحقيق النتائج التي تطلبها أعمال القواعد الضابطة لسير المرافق العامة ، فقد حل مكانها فكرة المركز النظامي أو اللاتحي للموظفين .

ومقتضى هذا الرأي ، فإن الوظائف تنشأ بالقوانين فتحدد حقوقها وواجباتها ، بصرف النظر عن شأغلها وما قبول الموظف إلا مجسدة خضوع أحكام الوظيفة بحقوقها وواجباتها . ويعترب على هذا المركز النظامي للموظفين أن قرارات التعيين والنقل والترقية هي قرارات إدارية تصدر من الإدارة وحدها ودون مشاركة من الموظف .

قد جرى قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن علاقة الموظف بالحكومة هي علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح ، ومركز الموظف هو مركز قانوني عام يجوز تعديله وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة ، ورد ذلك إلى أن الموظفين هم عمال المرافق العامة ، وبهذه المثابة يجب أن يخضع نظامهم القانوني للتعديل والتغيير وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة . ويتفرع عن ذلك أن التنظيم الجديد

ذلك النظر والتكييف ، كما أن التعمق أدى إلى هجر تلك النظرية السطحية من الوجهة الشكلية^(١) أما من الوجهة الموضوعية ، فإن مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين يخرج على القواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة ، لأن الإدارة في ظلها لا تستطيع أن تمس مركز الموظف أو تعدل فيه ، إلا بموافقة الموظف نفسه الطرف الآخر في التعاقد . وإذا كان هذا التكييف في صالح الموظف ، فإنه لا يحقق المصلحة العامة .

كما اتجه رأي آخر إلى اعتبار علاقة الموظف بالإدارة علاقة تعاقدية ، في نطاق القانون العام وأستهدفت هذه الوجهة من النظر تحويل الإدارة - في مواجهة المتعاقد على سلطات واسعة لتحقيق الصالح العام بحيث لا تقيدها الإعتبارات المستمدة من قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين .

وهذه الوجهة من النظر بدورها متقدمة ، إذ أنه مازال للطرف الآخر في العلاقة حقوق يستمدّها من العقد ، تتعارض مع القواعد الضابطة لسير المرافق العامة بانتظام وإفراغ .

الزول عن الحقوق التي تولدت من القرار الإداري .

فصل رابع : نظرة جديدة في شأن طبيعة علاقة الموظف بالإدارة ونتناول الموضوعات المتقدمة على التفصيل الآتي .

فصل تمهيدي :

طبيعة علاقة الموظف بالإدارة

أثار هذا الموضوع جدل شديد في الفقه والقضاء فإتجه الرأي - في بادئ الأمر - إلى تكييف العلاقة بين الموظف والإدارة على أنها رابطة تعاقدية في نطاق القانون الخاص . ومدار هذا الرأي أن الموظف في مركز تعاقدى في علاقته مع الإدارة .

وبالتالي لا يختلف مركز الموظف عن مركز العامل أو الأجير في عقد المصل الفردى فالأمر ، مرده في النهاية إلى المصدق .

وهذا النظر والقياس في شأن تكييف علاقة الموظف بالإدارة غير صحيح فلقد أدى ظهور المبادئ الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة التي تقوم عليها نظريات القانون الإداري الحديث ، بالفقه والقضاء إلى العدول عن

وهذه القرارات تنشئ حقوقاً لفرد أو لأكثر ، ولكن التنازل الفردي عن الحق أو الميزة التي تتولد من تلك القرارات لا يقصد به التنازل فقط عن الحقوق التي تولدت عن القرار ، بل هو في جوهره رفض جامع شامل rejet global للقرار الإداري في مجموعة أحكامه ونصوصه ، أو بمعنى أدق ، هو تنازل عن الحالة statut أى المركز القانوني الذي يستند إلى الفرد نتيجة تطبيق المركز النظامي عليه . فعلى سبيل المثال ، إذا صدر قرار بتعيين شخص في وظيفة عامة ، وصدر قرار التعيين مستكملاً شرائطه القانونية ، ومن جهة الاختصاص ، ثم رفض صاحب الحق قبول الوظيفة المعين فيها .

فالرد حينئذ في الحقيقة ، يتنازل عن مجموع الحقوق والالتزامات التي تولدت له من قرار التعيين الذي صدر تطبيقاً للقوانين واللوائح المنظمة لذلك .

وشرحا لما تقدم ، نرى أن قرار التعيين يشمل في حد ذاته مجموعة متكاملة ومتجانسة من

في إدارة المرافق العامة وضمناً سيرها بانتظام وأفراد وانه حتى كان تنظيم القانون للروابط الإدارية ينظر فيه إلى المصلحة العامة ، فلا يجوز الاتفاق على ما يتعارض مع تلك المصلحة ، وإن إنشاء المراكز التنظيمية العامة أو تعديلها أو إلغاؤها يجب أن يتم على سنن القانون وفقاً لأحكامه ، وأنه ليس لاتفاق الطرفين إن كان مخالفاً للقانون أثر في هذا الشأن ولا لتعارض ذلك مع مبدأ المشروعية الموضوعية الذي يقضى بأن الاتفاق التعاقدى لا يجوز أن يؤثر في المركز التنظيمي .

وهذه نظرة موجزة عن طبيعة العلاقة بين الموظف والإدارة .

فصل أول

تعريف النزول عن الحق

في الفقه والقضاء

من المسلمات في فقه القانون الإداري ، أن القرار الإداري ينشئ أحيانا حقوقاً ومراكز شخصية droits subjectifs وعلى تبديل المثال قرارات التعيين والترقية وقرارات نزع الملكية للمنفعة العامة ... الخ .

يسرى على الموظف بأثر حال من تاريخ العمل به ، ولكنه لا يسرى بأثر رجعي بما من شأنه إصدار المراكز القانونية الذاتية التي تكون قد تحققت نتيجة لتطبيق التنظيم القديم على حالة الموظف إلا ينشئ خاص في قانون يقر الأثر الرجعي (١) .

ومن ناحية أخرى ، أن قواعد القانون الخاص تهدف أساساً إلى معالجة مصالح فردية خاصة على أساس التعادل بين أطرافها ، ولذا كان لمشيئتهم واتفاقاتهم أثرها الخامس في ترتيب المراكز القانونية وتعديلها ، وكانت قواعد القانون الخاص ، إلا ما يتعلق منها بالنظام العام غير آمنة بجواز الاتفاق على ما يخالفها على حين أن قواعد القانون الإداري تهدف أساساً إلى معالجة مراكز تنظيمية عامة لا تعادل في المصلحة بين أطرافها إن المصلحة العامة فيها لا تتوازى مع المصلحة الفردية الخاصة ، بل يجب أن تعدو عليها .

ومن ثم تميز القانون الإداري بأن قواعده . أساساً قواعد أمرة وإن للإدارة في سبيل تنفيذها سلطات استثنائية تستلزمها وظيفتها

الحقوق والالتزامات ، وتمثل هذه الحقوق ، كما هو معلوم ، فى الرتب والعلاوات والترقيات والمكافآت وهى المزايا المالية والأدبية للموظفة ، وتمثل الالتزامات فى الانقطاع لخدمة الإدارة أو المرفق العام والاضطلاع بالأعباء والمسئوليات التى تتطلبها الوظيفة ومسئوليتها التأديبية أو الجنائية عن أخطائه الوظيفية وغير الوظيفية وهى التى لا تتسبب للمرفق الذى يعمل فى خدمته ، وهذا هو الجانب الآخر فى الوظيفة .

ولكن المتأمل فى هذا ، يرى أن التنازل بهذه الصورة يصطدم بعدة قيود ، وأولى هذه القيود ، أشار إليها بحق مفوض الحكومة long^(٣) حيث يرى أن هناك تناقضا عميقا بين فكرة التنازل وبين نظرية القرارات الإدارية ، وذهب إلى أن القرار الإدارى ليس محلا لتطبيق فكرة التنازل فى شأنه ، وأن هذه الفكرة تتعارض وعناصر السلطة العامة Puissance Publique ، والقررة الزمة التى للقرارات الإدارية la force obligatoire .

ومن أينما أن ما ذهب إليه مفوض الحكومة - Long وإن كان متسقا مع المسلم به من أن القرارات الإدارية تمثل مظهرا لسلطان إرادة الإدارة لما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح ، يسير قبول القول بعدم قابليتها لتطبيق فكرة التنازل ، إلا أننا لا نقبل هذا القول على إطلاقه ، ذلك أن هذا الرأى ، يعارض ما استقر عليه القضاء والفقه الإدارى من قبول هذه الفكرة فى نطاق القرارات الإدارية .

كما أننا نجد فى بحثنا ، ما يؤيد هذا القول ، ومع جواز قبول تطبيق فكرة التنازل عن الحق فى نطاق القرارات الإدارية ، إلا أنه بإمعان النظر ، نجد أن تطبيق هذه الفكرة يصطدم بصعوبات وعقبات فنية .

وينهى أن تعرف فى البداية على كنه فكرة التنازل فى القانون العام - فذهب الفقيه Blumann إلى القول بأنه^(٤) وسيلة إرادية يتنازل بموجبها صاحب الشأن عن حق يتعلق به ، وأنه ذو أثر مباشر وفعال فى إنهاء الحق وازوال آثاره من التنظيم القانونى .

فالتنازل وفقا لهذا التعريف ، يعتبر سببا من أسباب انقضاء القرارات الإدارية ، وأنه يعد وسيلة إرادية بموجبها تنازل صاحب المصلحة عن حق يتعلق به ، فعن طريقه ينتهى القرار وتزول آثاره .

ومن جانبنا نرى ، أن التنازل هو تصرف قانونى ، يقتضاه يتخلى شخص عن حق تولد له بمقتضى القرار وذلك بإرادته المنفردة ، ويؤدى ذلك إلى التأثير فى وجود القرار ذاته ، وتتدخل الإدارة لإنهاء التنازل وإنهاء آثار القرار بأثر رجعى فالتنازل ، وفقا لهذا التعريف أو ذاك ، ينهى ألا يؤخذ على إطلاقه ، بل ينهى تحديد نطاق هذه الفكرة ، وهل تتناول القرارات الفردية والقرارات اللاتحجية أم أنها مقصورة على الأولى دون الأخيرة ؟

بقتضينا المنطق القانونى التعرف بالقرار الإدارى لتوضيح دور إرادة الفرد فى إنشاء أو إنهاء القرار الإدارى .

فالقرار الإدارى - وفقا لما استقر عليه قضاء محكمتنا الإدارية العليا - هو عمل قانونى غير تعاقدى يصدر عن إرادة منفردة

وبين القرارات الفردية ، ودور إرادة الفرد المحدودة التأثير (غير المباشر) فى وجود القرار ذاته وانقضائه .

أولاً : فيما يتعلق بالقرارات التنظيمية (اللوائح) ،

من الثابت أن اللوائح تولد مراكز قانونية عامة ومجردة ولا يتولد عنها حقوق ذاتية ، وأنه ليس لأحد أن يدعى بوجود حق مكتسب تولد له من اللائحة ، لأنها ليست معدة أصلاً لإنشاء حقوق .

وبناء على القاعدة السابقة فإن اللوائح لا يرد عليها التنازل ، وإذا تصادف وجود حالة تنازل عن مثل تلك القرارات ، لا يلتفت إليه لمخالفة ذلك للقاعدة التنظيمية .

وتخلص من هذا ، إلى استبعاد اللوائح من دائرة التنازل للاعتبارات سالفة الذكر .

ثانياً : فيما يتعلق بالقرارات الفردية :

أما فيما يتعلق بالقرارات الفردية ، فالقاعدة كما أشرنا ، أنها تصدر بإرادة الإدارة المنفردة

وتلك المزاي لا ينتهى القرار فى حد ذاته للاعتبارات سالفة الذكر . إلا أن مما يتغنى التنويه إليه ، أن رضا صاحب الشأن بالتنازل عن تلك الحقوق والمزايا التى تولدت له من القرار الإدارى سينعكس بالضرورة على وجود القرار فى حد ذاته ، ويمكن إعتباره شرطاً لزوال القرار ونهايته .

ويتضح مما تقدم ، أن مسألة رضا صاحب الشأن بالتنازل عن الحقوق والمزايا التى تولدت له من القرار ، تحوى اعتبارين أساسيين : الاعتبار الأول : أصحاب المصلحة فى شأن إصدار القرار وانقضائه غريباء وبالتالى فإن إرادتهم متعمدة فى هذا الخصوص

الإعتراف الثانى : ومؤهده أن القرارات الإدارية يتولد عنها حقوق أو مزايا للأفراد ، ورضا أصحاب الشأن بالتنازل عن تلك الحقوق والمزايا تؤثر بطريق غير مباشر على وجود القرار فى ذاته .

وفى ضوء الاعتبارين السابقين يقتضينا المنطق التفرقة بين القرارات التنظيمية (اللوائح)

من جانب إحدى سلطات الإدارة ، ويحدث بذاته آثاراً قانونية معينة ، متى كان ذلك ممكناً وجائزاً قانوناً واقتضته المصلحة العامة (٥) .

فمن العناصر الأساسية فى القرار الإدارى ، أنه تعبير عن إرادة منفردة للإدارة ، دون مساهمة أو اشتراك من جانب أصحاب الشأن فى إصداره ، وهكذا حال الأفراد فى شأن نشأة القرار . وللإدارة حق إنهاء القرارات الإدارية من خلال الوسائل القانونية التى تمتلكها ، ومنها سلطة الإنهاء الإدارى بإنهاء آثار القرار بالنسبة للمستقبل ، أو السحب بإعدام القرار بأمر رجعى من وقت نشأته ، على نحو ما سنوضحه فى موضعه ، والأفراد أصحاب المصلحة غريباء تماماً فى هذا النطاق (٦) وإن هاتين الوسيطتان محجوزتان للإدارة فقط . ٣

ومن ناحية أخرى ، فإن غالبية القرارات الإدارية تولد حقوقاً ومزايا للأفراد أصحاب المصلحة ويتنازل الفرد عن هذه الحقوق

والضوابط لفكرة التنازل وتأسيسها
فقها وقضاء :

الاول : مؤداه هل من الجائز
قانونا تنازل المستفيد عن الحقوق
والمزايا التي تولدت له من القرار
الفردى ؟ وهو تساؤل أساسى
وتشير فى عبارة موجزة ، إلى أن
تنازل الفرد فى حد ذاته غير كاف
Insuffisamment لإنهاء القرار
وزوال آثاره القانونية التى تولدت
عنه . وأن تدخل الإدارة يصح
ضروريا من أجل إثبات تنازل
الأفراد وإعمال آثاره القانونية .

الثانى : ما هى الوسيلة
الفنية ، التى يمكن للإدارة من
خلالها إنهاء القرارات الإدارية
التي تنازل أصحاب الشأن عن
الحقوق التي تولدت لهم من تلك
القرارات ؟

والثالث والاختير : مؤداه هل
تنازل الفرد صاحب المصلحة عن
الحق الذى تولد حق القرار قابل
للسدول عنه revocable من
جانب المتنازل ؟

وسنجيب بالتفصيل والتأصيل
عن تلك التساؤلات فى الموضع التالية :

تخرج عن نطاق دائرة إرادة الأفراد
هذا فيما يتعلق بإصدار القرار
من جانب الإدارة ، ووضع أن
إرادة الأفراد متعمدة تماما فى
شأن زوال القرار وانقضاء آثاره ،
فهذا مقرر لجهة الإدارة بموجب
وسيلتين رئيسيتين :

الوسيلة الاولى : الإنفاء ،
وتهدف الإدارة من هذا السبيل
إلى إنهاء آثار القرار بالنسبة
للمستقبل مع بقاء آثاره فى
الماضى سليمة .

الوسيلة الثانية : السحب ،
وهو طريق يؤدى إلى إعدام القرار
وآثاره منذ نشأته ، أى بأثر
رجعى والنتيجة التى نخلص
إليها ، هى أن مسألة التنازل تنحصر
فى نطاق القرارات الفردية ، وأنه
بتنازل صاحب الشأن عن الحق
الذى تولد له يؤدى إلى التأثير فى
وجود القرار ذاته (بطريق غير
مباشر) ، وليس كافيها (بطريق
مباشر) لإنهاء القرار أو زواله .

ويشر بصدد ما انتهينا إليه ،
عدة تساؤلات ، تهدف فى
مجموعها إلى وضع الحدود

ولا تعول فى إصدارها على إرادة
الأفراد ، فالمستفيد من القرار غريب
(أجنبى) فى فترة إعداده ونشأته .

فبتحليل القرار إلى عناصره
الرئيسية ، يتضح أن عنصرى
الشكل والاختصاص ، هما المظهر
الخارجى للقرار ، بأن يفرغ القرار
فى الشكل الذى يتطلبه القانون ،
وأن يصدر من جهة الاختصاص ،
فالفرد فى هذا النطاق غريب تماما
وليس له أى دور فى هذا المجال ،
ومرجع ذلك إلى ، أن الشكل
والاختصاص من الأمور المقررة
بموجب القانون (٧) أما فى شأن
العناصر الأخرى للقرار (المحل
والسبب والغاية) ، فالمسبب
والمحل هما العنصران اللذان
تتمتع الإدارة فى شأنهما بسلطة
تقديرية ولا تخضع لرقابة القضاء
الإدارى ، إلا إذا تجاوزت حدود
سلطتها ، وشاب تصرفها عيب
إساءة استعمال السلطة ، أما
عنصر الغاية وهو النتيجة النهائية
التي تسعى جهة الإدارة إلى
تحقيقها ، وهو الهدف الذى ترمى
إلى تحقيقه فى كافة تصرفاتها
وقراراتها الإدارية ، وهى مم

فصل ثانى

اتجاهات الفقه والقضاء الفرنسى
فى صد فكرة النزول عن الحقوق
التي تولدت من القرار الإدارى

توحدت اتجاهات الفقه
والقضاء الفرنسى فى صدد
المسألة المعروضة . بيد أن الخلاف
أحتم فى صدد المسائل الآتية :

الأولى : أساس شرعية التنازل

الثانية : مبررات تفضيل أسلوب
الصحب على غيره من الوسائل
القانونية فى صد انتهاء آثار
المركز القانونى النول عن القرار الإدارى

الثالثة : أساس عدول صاحب
الشأن عن تنازله .

وفى ضوء ما تقدم تنقسم
دراستنا فى هذا الصدد - على
التحوالتى :

المبحث الأول : قانونية التنازل
من الحقوق التي تولدت من القرار
الإدارى .

المبحث الثانى : السحب هو
جزء التنازل عن القرار الإدارى .

المبحث الثالث : القابلية للتداول
هى السمة المميزة لفكرة التنازل
عن القرار الإدارى .

وتتناول الموضوعات المتقدمة
على التفصيل الآتى :

المبحث الأول

قانونية التنازل عن الحقوق التي
تولدت من القرار الإدارى

La Licéite de la renonciation
a un acte administratif

فى الحقيقة أن مسألة التنازل
عن الحقوق والمزايا التي تولدت
من القرار الفردى كانت موضع
نقاش فى القضاء والفقه الفرنسى
وقد نشأت هذه الفكرة ، أول
ما نشأت من خلال التطبيقات
المعنوعة للقضاء الإدارى هناك
فمجلس الدولة الفرنسى ، قد
أشار فى مناسبات عديدة إلى
مشروعية التنازل عن الحقوق التي
تولدت من القرار الفردى

تتناول دراستنا فى هذا المقام
المطليين التاليين :

المطلب الأول : الاعتراف بشرعية
التنازل عن الحقوق التي تولدت
من القرار الإدارى الفردى .

المطلب الثانى : أساس
مشروعية التنازل عن القرار
الإدارى .

المطلب الأول

الاعتراضات بشرعية التنازل عن قرار
إدارى فردى

La renonciation de a licéite
de la renonciation a un acte
administratif

فى الواقع ، أن معظم
التطبيقات القضائية لمجلس الدولة
الفرنسى فى شأن التنازل ، برزت
فى مجالين مختلفين : وكان المجال
الأول هو المجال الأساسى لتطبيق
هذه الفكرة ، بينما لم يكن المجال
الثانى على نفس الدرجة فى
التطبيق ، بل إنه أخذ فى التلاشى
وأوشك على ذلك .

المجال الأول : يتعلق بالوظيفة
العامة

المجال الثانى : يتعلق بقرارات
نزع الملكية (الاستيلاء أو
المصادرة ou req-
uisitions

وينقسم المجال الأول بدوره إلى
قسمين :

الأول : تنازل الأفراد أصحاب
الشأن عن الحقوق التي تولدت لهم
من قرارات التعيين أو الترقية فى
نطاق الوظيفة العامة .

الثاني : يتناول موضوع الترقية الشرفية والتي اصطلح على تسميتها *ordre honoraire* وهو مجال محدود بالنظر إلى مثيله ، وهذا النظام في القانون الفرنسي في طريقه إلى الاندثار أو يكاد ، وعلى كل حال ، فهذا النظام شريك عن نظامنا القانوني ولا نعهد قيامه في المستقبل .

والجاء الثاني : نجد معظم تطبيقاته ، تصدر في نطاق القرارات الخاصة بمنح الإعانات للأفراد . وقرارات الاستيلاء على مسكن للانتفاع به .

وفي ضوء ما تقدم ، يمكن التمييز بين تطبيقات التنازل وذلك بالنظر لمضمونه أو موضوع القرارات ذاتها ، أو بمعنى آخر ، قرارات التعيين في الوظيفة العامة .

والقرارات الخاصة بمنح الإعانات والانتفاع بالمسكن عن طريق شغله الذي تتم بطريق الاستيلاء .

ونقسم دراستنا هذا الموضوع إلى النقاط التالية :

١- التنازل عن قرار التعيين في الوظيفة العامة .

٢ - التنازل عن المنح أو الإعانات المادية .

الفرع الأول

التنازل عن قرارات التعيين في الوظيفة العامة

La renonciation a nomination

من استقراء أحكام القضاء الإداري الفرنسي ، لوحظ أن معظم تطبيقاته لفكرة التنازل مقصورة على قرارات التعيين أو الترقية في نطاق الوظيفة العامة

من تلك التطبيقات ، ما يتعلق بالتعيينات أو الترقية الشرفية ، وهي تطبيقات نادرة إذا قيست بمثيلاتها ، وسوف نشير إلى تطبيقاتهما بالقدر المناسب . فالتطبيقات الغالبة كما أشرنا ، في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ،

تتعلق بالتنازل عن قرارات التعيين أو الترقية . وبالنظر إلى التنازل في حد ذاته ، فقد لاحظنا أنه قد يكون غير مشروط *assortie d'une condition* ، وللتبسيط لأحكام القضاء ، نلاحظ أن القضاء قد اعترف بشرعية التنازل

المشروط وغير المشروط . ومن أحكام القضاء في شأن التنازل غير المشروط ، حكمه في قضية Brandestetter^(٨) وتلخص في أنه بتاريخ ١٩٢٣/١/١٩٢٣ صدر مرسوم بتعيين السيد Brandestetter مديراً إقليمياً للبريد والتلغراف والاتصالات اللاسلكية : P. T. بمدينة مرسيليا ، بتاريخ ١٥ من فبراير ١٩٢٢ أرسل كتاباً لجهة الإدارة يفصح فيه عن رغبته في التنازل عن تعيينه في الوظيفة المنوطة عنها والتي سبق أن قبلها ، وقد قضى المجلس في حكمه ، بأن المستفيد من القرار قد مارس حقه كاملاً في التنازل بدون قيد أو شرط ، وأن تنازله نهائي وبات في شأن عدم الاستفادة من قرار التعيين في تلك الوظيفة (وسنعرض للحكم بالتفصيل في موضوع آخر) . وقد برز هذا الاتجاه أيضاً في حكم المجلس في قضية Bolelli^(٩) حيث قضى ، بأن الطاعن قد تنازل عن قرار تعيينه في وظيفة محصل ضرائب متنوعة بالجزائر . وتؤكد في حكم حديث لمجلس الدولة في قضية Casanov^(١٠) وفيها قضى بأن الطاعن قد تنازل

سحب قرار تعيينه إلى اعتبار أنه قد تنازل عن الاستفادة من قرار التعيين ، وأنه يمكن عند الاقتضاء توقيع جزاءات تأديبية ضده .

وقد علق الفقيه Basset (١٧) في رسالته « القرار المضاد في القانون الفرنسي » بأن تصرف السيد Anglade ما هو إلا مناورة Tactique للحصول على مسكن . وفي الحقيقة ، أنه من خلال استعراض وقائع تلك القضية ، يتضح أنها أثارت عدة نقاط في غاية الأهمية :

الاولى : أن السيد Anglade لم يفصح صراحة أو ضمناً عن عزمة هلى التنازل عن قرار تعيينه .

الثانية : أن هذا التنازل ، لو صح القول ، يمكن اعتباره تنازلاً مشروطاً بتدبير مسكن له للأقامة فيه بجهة عمله ، ولو صح ذلك لكان تنازله معلقاً على (شرط فاسخ) .

الثالثة : إنه من الصعوبة بمكان ، تحديد تاريخ تنازل صاحب الشأن عن قرار تعيينه ، حيث أنه لم يفصح لا صراحة ولا ضمناً عن تنازله .

السبب قراراً بسحب قرار تعيينه ، فظعن المذكور في قرار السحب أمام المحكمة الإدارية لمدينة Rouen ملتصقاً بإلغاء قرار المدير بسحب قرار تعيينه . وقد قضت المحكمة بإلغاء قرار المدير لاتطوائه على عيب استعمال السلطة ، فظعن المدير بالاستئناف أمام مجلس الدولة ، ملتصقاً بإلغاء المحكمة الإدارية لمدينة Rouen واستند في طعنه إلى أن المطعون ضده قد تنازل عن قرار تعيينه ، وقد قضى المجلس بإلغاء قرار المحكمة الإدارية ، تأسيساً على أن المطعون ضده قد تنازل بدون قيد أو شرط عن قرار تعيينه وأنه يعتبر في حكم من لم يصدر أصلاً قرار بتعيينه .

وقد أشار مفوض (١٨) الحكومة Tricot في تقريره في القضية المذكورة إلى أن جهة الإدارة تتمتع بسلطات كاملة ، وحرية في مواجهة السيد Anglade وذلك نتيجة موقفه الأخير ، بإثارته صعوبات واقتضاله أزمات مع الإدارة ، بتنازله كمحاولة للضغط عليها من أجل الحصول على مسكن ، وأن الإدارة استندت في

عن وظيفة تاض احتياطي للمصالحات Juge de paix Suppleant بدون قيد أو شرط .

فالمستفاد من قضاء المجلس في تلك الفترة أنه قبل شرعية التنازل عن قرارات التعيين في الوظائف العامة .

وقد توسع القضاء في تطبيق فكرة التنازل ، وذلك في حكمه في قضية السيد Anglade (١٩) وهذه القضية قد أثارت نوعاً من الاهتمام ، يجدر بنا أن نشير لوقائدها بشئ من التفصيل . ونقتصر في أنه بتاريخ ٥ من يولية ١٩٥٧ صدر قرار من مدير مقاطعة Sine maritime بتعيين السيد Anglade طبيباً عيون Ophtholomolgiste لمستشفيات Havre مدينة Rouen وقد أرسل خطاباً لجهة الإدارة المختصة بعدم إمكانه الالتحاق بوظيفته ، لعدم تدبير مسكن له في جهة عمله ، وذلك لإقامته الدائمة بمدينة باريس ، وقد أخطرته جهة الإدارة بأنها بصدد تدبير مسكن ملائم له ، إلا أنه أصّر على عدم الالتحاق بوظيفته مادام لم يدبر المسكن فأصدر مدير مقاطعة

حقوقه المقررة بمقتضى المرسوم المذكور « (١٦) »

والاستفادة من هذا القضاء ، أن التنازل عن الحق أو المزية ، هو المير الذي يجيز للإدارة سحب قراراتها . وأن عدول صاحب الحق عن تنازله قبل أن تحدد الإدارة موقفها منه يوصد أمامها السبيل لسحبه .

وترتبه على هذا الحكم ، فإنه يمكن ، أن نصوغ مبدأ مؤدا ، أن لصاحب الحق الناشئ عن قرار إداري ، أن يعدل عن تنازله في الاستفادة من الحق أو المزية ، شريطة أن يكون هذا العدول منه قبل أن تحدد الإدارة موقفها على سنو تنازله الأول ، وذلك على نحو ما سنفصله في ختام دراستنا واستطرادا لتطبيقات القضاء الفرنسي في شأن التنازل عن قرارات التعمين أو الترقية الشرفية ، ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه في قضية Maistre « (١٧) » وهي تختلف في ظروفها عن قضية «*De*» السابق الإشارة إليها . ومبنى هذا الاختلاف أن السيد Maistre لم يتنازل عن قرار ترقيته ،

للشروط الدقيقة المتعلقة بتطبيق نظرية السحب ، ويخلص في أنه بتاريخ ٢٧ من فبراير ١٩٥٦ ، صدر قرار بترقية السيد Augé إلى حامل رتبة (جوف) الشرف من طراز كوماندر *Commandeur de la region d'honneur* لا غير أنه قد أبرق ، بعد مضي بضعة أشهر من تاريخ ترقيته ، إلى جهة الإدارة معلنا تنازله عن الترقية ، إلا أنه عاد وعدل عن تنازله قبل أن تحدد الإدارة موقفها من هذا التنازل ، ومع هذا فقد أقدمت جهة الإدارة على سحب قرار الترقية ، فطمعن المذكور في قرار الإدارة أمام مجلس الدولة ملتصما بإلغاء لتجاوز السلطة .

وقد حكم المجلس بعدم شرعية قرار السحب ، وقضى بإلغائه ، وجاء في حيثيات الحكم « أنه من الثابت ، أن المرسوم المؤرخ في ٢٧ من فبراير ١٩٥٦ قد صدر سليما خاليا من العيوب التي تشوب القرارات الإدارية وتجعله معرضا للطمعن بالإلغاء عن طريق القضاء وبهذه المثابة يولد حقوقا ومزايا للأفراد أصحاب الشأن ، وبالتالي لا يجوز إلا في حالة التنازل من قبل صاحب الشأن عن

والخير : فهل لجهة الإدارة توقيع جزاءات تأديبية ضد المذكور لإرغامه على الالتحاق بالوظيفة ، وهل تلك إصدار قرار فصله ؟ وأجاب الفقيه Basset « (١٤) » على هذا السؤال بقوله : « إنه بالنسبة لقرارات التعمين التي صدرت سليمة صحيحة ورفض أصحاب المصلحة قبول التعمين فيها وتسليمهم لأعمال الوظيفة ، فإن وسيلة إنهاؤها يكون عن طريق سحب قرارات التعمين بأثر رجعي ، أما في حالة قبول الوظيفة فإن إلغائها يكون بقرار مضاد وذلك بإنهاء آثار القرار بالنسبة للمستقبل » .

وإنما ينسب الآخر من تلك التطبيقات ، وهو المتعلقة بالتنازل عن قرارات التعمين الشرفية (مرتبة الشرف) (Legion d'honneur decoration)

وقد قضى مجلس الدولة أيضا ، فيما يتعلق بهذا النوع من القرارات ، بصحة التنازل وذلك في حكمه في قضية Augé « (١٥) » وهذا الحكم ، يعد تنبيها لما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي ، في شأن تأكيد

La légion d'honneur ولكن طالب الإدارة بإرجاء تاريخ توليه الوظيفة إلى تاريخ لاحق ، وقد أسس طلبه هذا ، على أن ظروف تقليده الوظيفة وما يصاحبها من احتفالات غير موانية ، فالإدارة قد نسرت هذا الطلب منه بأنه تنازل عن الترقية ، فقامت بسحب قرارها بالترقية وقد حكم المجلس بالغاء القرار وأسس قضاءً على أن الطاعن لم يتنازل عن ترقيعه في أى وقت من الأوقات ، بل طالب الإدارة بإرجاء توليه مقاليد الوظيفة المرقى إليها لوقت ملائم يتناسب مع هذه المناسبة ، ومن المفيد أن نعرض لوقائع هذه القضية ، باختصار ، وذلك لتأكيدنا على شروط إعمال نظرية السحب على نحو ما سنفصله في موضع .

ولنخلص في أنه بتاريخ ٣ من مايو ١٩٦٣ صدر قرار بترقية السيد Maistre بصفة شرفية La legion d'honneur وفي ١٣ من يوليو ١٩٦٣ بحث بختاب للإدارة بطلب فيه ، إرجاء تنفيذ تقليده هذه المرتبة الشرفية ، وبعد مضي أكثر من عام ، وفي ٢٦ من نوفمبر ١٩٦٤ أصدرت

الإدارة قراراً بسحب قرار ترقيعه . فتظلم السيد Maistre لدى وزير الحربية بتاريخ ١٥/١٢/١٩٦٤ ، مؤسساً تظلمه ، على أن الإدارة لا تملك سحب قرار ترقيعه ، وقد رفض تظلمه إستناداً إلى أن قرار الترقية لا يولد حقوقاً مكتسبة لصاحب الشأن ، بالإضافة إلى أن إعلان قبول صاحب الشأن للمركز القانونى يعد إجراءً جوهرياً بتحقيقه يولد القرار آثاره ، علاوة على ، أعتبار الخطاب الذى أرسله صاحب الشأن يعتبر تنازلاً منه عن قبول الوظيفة ، وأن هذا الموقف يبيح لجهة الإدارة سحب قرار التعيين اعتباراً من تاريخ استلام الوظيفة .

ولكن من التأمل ، أنه لا يوجد فارق بين الوضعيين . فالثابت قضاءً أن القرار يولد آثاره القانونية ، في مواجهة الأفراد اعتباراً من تاريخ توقيع القرار من مصدره (١٨) وأنه يتمتع على جهة الإدارة بسحبه أو الغاؤه ، ولكن القرار لا يحدث أثره فى التنظيم القانونى ، إلا ابتداء من تاريخ تقليد الموظف لمهام الوظيفة وأعبائها (١٩) .

فالقرارات التى من هذا القبيل تولد آثارها اعتباراً من تاريخ صدورها ، وينطبق فى شأنها القواعد والشروط المتعلقة بسحب القرارات الإدارية من عدم سحبها ، إلا إذا كانت مشروطة بسحب عدم المشروعية ، وأن يتم السحب فى المواعيد المقررة فى هذا الشأن ، على ما سترى فى موضعه .

وهذا القول يدحض ما ذهب إليه وزير الحربية ، من ادعائه بأن قرارات التعيين التى من هذا القبيل لا تولد حقوقاً مكتسبة لصاحب الشأن .

وفى ضوء هذا الحكم الذى خالف ما استندت إليه جهة الإدارة فى رفضها لتظلم صاحب الشأن فى أن قرار التعيين لا يولد حقوقاً مكتسبة لصاحب الشأن فقد يبدو واضحاً أننا بحاجة إلى تحديد اللحظة التى يولد فيها القرار حقاً وميزة للأفراد .

إن قضاء مجلس الدولة قد تردد طويلاً فى الإجابة عن هذا السؤال ، إلا أنه قد استقر مؤثراً فى حكمه فى قضية Delle Motte (٢٠) على أن القرار

الوظيفة مساهمة اختياره في المرافق العامة (٢٣)

الفرع الثاني

التنازل عن

المنح أو الإعانات المادية

الإعانة ، هي منح الفرد ميزة مادية نتيجة نظام اقتصادي ، أو اجتماعي معين وفي هذه الصورة يتنازل الفرد عن ميزة مادية تقدر له بموجب النظم الاقتصادية أو الاجتماعية السائدة .

وقد ميز الفقيه Blummann (٢٤) دور الإدارة في شأن تقرير تلك المنح . فقد تكون موافقة الإدارة مباشرة ، كما في حالة تقرير إعانة تقاعد Pension retraite للموظفين ، وقد يكون دور الإدارة متواسطاً ، كما في حالة المعونة بمعرفة شخص آخر requisition de logement كما حالة الاستيلاء على مسكن .

وقد أقر القضاء بشرعية التنازل عن المعاش الذي يمنح للمتقاعد بتنازله عن الاستفادة من هذه الإعانة . وهذا ما انتهجه قضاء مجلس الدولة في حكمه في قضية Desfour (٢٥) وتخلص وقائع في أن السيد Desfour

هذا الحكم يتعلق بنهاية القرار الإداري عن طريق سحبه ، وبالمقابل فإن القرار يعتبر نافذاً من لحظة توقيعه من مصدره .

وهذه هي نقطة التقاء بين بداية نشأة القرار ونفاذه بإحداث آثاره في مواجهة الأفراد ، وبين بداية الفترة التي تستطيع الإدارة خلالها سحب قرارها الباطل .

وهذا القول يتفق والقواعد العامة المتعلقة بنفاذ القرارات الإدارية ، وبهذا الحكم يكون المجلس قد سوى بين نظامي التعيينات والترقيات في الوظيفة العامة ونظام التعيينات والترقيات الشرفية ، في خصوص نشأة ونهاية القرارات الصادرة في هذا الخصوص .

ونخلص في النهاية ، إلى أن التعيين في الوظيفة ، وإذا كان قرار التعيين قراراً فردياً من الوجهة الشكلية ، أو وفقاً للمفهوم التقليدي للقرار الإداري ، فما هي القيمة القانونية لقبول الموظف أو رفضه ، ولا يمكن أن نهمل إرادة الشخص المعين إذ أن أحداً لا يلزم رغماً إرادته أن يكون موظفاً عمومياً ، حيث إن

الإداري يولد حقوقاً ومزايا من تاريخ توقيعه من مصدره وبهذا من هذه اللحظة فإن الإدارة لا تملك سحبه ، وبالطبع يشترط أن يكون القرار سليماً غير مشوب بعيب من عيوب عدم المشروعية وإلا جاز سحبه من مصدره أو من السلطة الرئاسية ، على ما سنرى في موضعه .

وأهمية هذا الحكم تأتي من أن نص ٤٨ من تordin La legion d'honneur تقضى بأن المراسيم التضمنة للتعيين والترقية لا تنتج آثارها إلا اعتباراً من تاريخ استلام الوظيفة (٢٦)

وفارق كبير بين أن القرار يولد آثاره ، في مواجهة الأفراد ، اعتباراً من تاريخ توقيعه من مصدره ، وبين أن يولد القرار آثاره من تاريخ قبول الوظيفة .

ويستو أن مجلس الدولة الفرنسي قد سوى في الحكم بين الحالتين المشار إليهما ، في حكمة في قضية Touche بتاريخ ٦ مايو ١٩٥٦ (٢٧) حيث قضى بأن قرارات التعيين أو الترقية الشرفية لا يجوز سحبها إلا اعتباراً من تاريخ توقيعه من مصدرها .

شكالية أقل وضوحاً وتنازلات مشروطة .

وفي ضوء هذه الصعوبات ، فإن القاضي الإداري ، يمارس دوراً واضحاً في تلخيص تلك الصعوبات ذات الأهمية في موضوع التنازل ووضع الحلول المناسبة لها .

المطلب الثاني

أساس مشروعية التنازل عن القرار الإداري

Le fondement de la licéité de la renonciation a un acte administratif

فرغنا في البحث السابق ، من استعراض موقف القضاء الفرنسي في شأن التنازل عن الحقوق التي تولدت من القرار الإداري ، حيث انتهى إلى تقرير حق ذوي الشأن في التنازل عن الحقوق التي تولدت لهم من القرارات الإدارية .

فما هو أساس شرعية التنازل وأسبابه ودوافعه ؟
في الحقيقة يتنازع هذا الموضوع نظريتان :

ومن التطبيقات الحديثة لقضاء المجلس في هذا الشأن ، والتي أكدت مشروعية التنازل من جانب المستفيد من الاستيلاء *Ordre de requisition* حكم المجلس في قضية *Ministre de la construction* (٢٧) والتنازل بالضرورة السابقة يشير إلى عدة صعوبات ، ومحصلتها ، أن المستفيد بتنازله عن أمر الاستيلاء ، إنما يتخلى عن الحقوق والالتزامات التي نشأت له بمقتضى هذا الأمر . ولكن المستفيد ليس الشخص الوحيد الذي يتعلق به أمر الاستيلاء ، ولكن ينشئ القرار حقوقاً والتزامات لآخرين .

ونستخلص ، من دراسة أحكام قضاء مجلس الدولة ، نتيجتين هامتين :

الأولى : أن المجلس قد أقر بدون تردد ، شرعية التنازل عن الحقوق والمزايا التي تولدت للأفراد أصحاب الشأن من القرار .

الثانية : أنه قبل أيضاً دون مناقشة ، بعض صور التنازل ، فإنه قبل في آن واحد التنازلات الشكلية الصريحة وتنازلات

شطب من عداد قوات الجيش العاملة في عام ١٩٤١ وقد قبل تسوية معاشه ، وفي عام ١٩٤٩ تنازل عن معاشه الذي كان قد سبق أن قبله ، وبعد مضي فترة وجيزة ، إلتصم من الإدارة إصدار قرار جديد بإعادة تقدير معاشه وفقاً لأسس حسابية جديدة .

وقضاء المجلس قبل الاعتراف بشرعية التنازل وفقاً لتوجيه مؤداه « أنه يشترط في التنازل ، عدم الإضرار بالحقوق المكتسبة لصاحب الشأن ، والغير » (٢٨) .

أما في الحالة الثانية ، وتعني بها ، الحالة التي لا تمارس الإدارة في شأنها إلا دوراً متواضعاً حيث يتطلب مشاركة الغير .

مثال ذلك : قرار نزوح الملكية للمنفعة العامة ، فهذا القرار يصدر وفقاً لإجراءات محددة ، والصورة المطابقة لتلك الحالة ، هي حالة الاستيلاء على مسكن بموجب الأمر المؤرخ في ١١ من أكتوبر ١٩٤٥ ، والجدير بالذكر ، أن هذا الأمر قد اختلف وتلاشت آثاره القانونية ، ولم يعد له وجود في النظام القانوني الفرنسي .

النظرية الأولى : تقليدية وهي تقوم على تبريرين .

التبرير الأول : مبناء أن التنازل عنصر في عملية مركبة ، تشكل كلاً لا يتجزأ .

والتبرير الثاني : مؤداه أن التنازل ينصب بصفة أساسية على الحقوق التي تولدت من القرار الإداري ، دون مساس بالقرار في ذاته .

أما النظرية الثانية : قال بها الفقيه Blumann في رسالته « التنازل في القانون الإداري » وجوهر هذه النظرية يقوم على اعتبار أن التنازل عن القرار الإداري من جانب الأفراد ذوي الشأن في ذاته خال من القوة والقيمة القانونية *depourvue de valeur juridique* ، وأنه يؤدي بذاته إلى إنهاء القرار ويزوال آثاره من التنظيم القانوني ، بل لا بد من تدخل الإدارة لإنهاء آثار القرار .
وسنعرض لهاتين النظريتين تباعاً .

الفروع الأول

النظرية التقليدية

وهذه النظرية كما سبق أن نوهنا ، تقوم على تبريرين أساسيين :

التبرير الأول : يركز على فكرة إنتفاء ذاتية التنازل عن القرار الإداري الذي يستند إليه أو بمعنى آخر ، اعتبار التنازل عنصراً في إطار عملية مركبة ، يتدمج فيها ويصيح جزءاً منها .

والتبرير الثاني : يقوم على اعتبار التنازل ينصب بصفة أساسية على الحقوق والمزايا التي تولد من القرار الإداري .
وسنعرض لهذين التبريرين فيما يلي .

المسألة الأولى

التنازل عنصر

في

عملية قانونية مركبة

La renonciation est un
element d'une operation
complexe

أشرنا سلفاً إلى أن هذا التعبير ينظر إلى التنازل باعتباره عنصراً في عملية قانونية مركبة يتدمج فيها ويصيح كلاً لا يتجزأ ، وأن هذا العنصر من العناصر الأساسية التي يتوقف عليها نفاذ القرار وقيامه ، فإذا تخلف هذا العنصر

يصير القرار غير نافذ ولا يؤثر في التنظيم القانوني القائم . وأن عنصر التنازل يلزم في العملية القانونية ، وينصهر فيها ، وتختفي ملامحه ومقوماته ، ويظهر في صورة العملية المركبة .

وقد صور الفقيه *pelser* (٧٨) في تعليقه على حكم المجلس في قضية *Maistre* ، ما انتهى إليه القضاء ، في شأن التبعينات والترقيات بقوله : « إن القضاء ، قد استقر في شأن القرارات الإدارية الفردية المتعلقة بالتبعينات والترقيات ، على أن نفاذها معلق على شرط قبولها من ذوي المصلحة ، أي معلقة على شرط قابض » .

فالقاعدة ، أن القرارات الفردية تنتج آثارها من تاريخ صدورها ، ومنها ما يوقف على قبول ذوي المصلحة ، وفي هذه الحالة الأخيرة ، يمكن اعتبارها معلقة على شرط قبولها أو رفضها من جانب صاحب المصلحة ، ووفقاً لهذا التصور ، يمكن القول بأن التنازل يعتبر عنصراً في عملية قانونية إدارية متكاملة ، ويعد التنازل هو العنصر الغالب والمؤثر

تلقف البعض (٢٠١) ، فكرة الحقوق والمزايا التي تتولد من القرار الإداري ، ووجدوا في ثنائياها تهرباً لشرعية التنازل عن القرار الإداري .

ومنطق هذا التبرير يقوم على حقيقة واقعية ، منها أن غالبية القرارات الفردية يتولد عنها حقوق ومزايا لأصحاب المصلحة وأن هذه الحقوق وتلك المزايا ، هي المنطقة التي يجرى فيها التنازل ، وهذا التبرير يفرق بين أمرين جوهريين .

الأمر الأول : هو القرار الإداري ذاته .

الأمر الثاني : هو المتعلق بالآثار القانونية التي تتولد من القرار الإداري .

الأمر الأول : هو المتعلق بالقرار الإداري ذاته .

يقوم هذا الجانب ، على اعتبار أن التنازل لا ينصب على القرار الإداري ذاته ، للاعتبارات السابقة ومنها اعتبار أن الأفراد أصحاب الشأن هم في حكم الغرباء étrangers عن القرار الإداري في نشأته وحياته وزواله ويتفادى بذلك الانتقادات السابقة .

وقبول أو رفض صاحب الشأن لا يؤثر في شرعية القرار .

وهذا التكييف ، يتفق مع القاعدة ، التي تقضي بأن القرارات الإدارية تنتج آثارها القانونية من تاريخ صدورها ، وأن قبول التعيين في الوظيفة يدخله في نطاق نظام قانوني جديد تحكمه القوانين واللوائح المتعلقة بالوظيفة العامة statut de la fonction publique ولكن في الحقيقة ، أن القانون الوضعي الفرنسي ، يفتح الباب أمام الفرد للتحلل من هذا المركز بعدم قبوله أو تنازله عن قرار تعيينه .

في ضوء ما تقدم ، يمكن الحكم على تنازل الفرد عن قرار تعيينه بأنه عملية قانونية مستقلة عن قرار التعيين ذاته .

وهذه التبريرات والتفسيرات ، تركت المسألة الأساسية دون حل ألا وهي أساس شرعية التنازل .

المسألة الثانية

التنازل عن القرار الإداري في حقيقته تنازل عن الحقوق والمزايا التي تولدت من القرار

La renonciation à un acte est une renonciation aux droits nes de l'acte

فيها أيضا ، وبالتعبية ، فإن قبول المركز القانوني المتولد من القرار الإداري أو رفض قبوله (أي التنازل) يعتبر شرطا لشرعية العملية الإدارية بأكملها .

وهذا التبرير يشير بالقطع مسألة القيمة القانونية لقبول المركز القانوني المتولد عن القرار الإداري من قبل ذي المصلحة .

وهذا التساؤل أثير في أول الأمر ، في شأن التعيين في الوظيفة العامة ، في نطاق القانون الإداري .

وقد انتهى الفقه الفرنسي ، كما أشرنا في موضعه إلى رأي قاطع ، بأن قرار التعيين في الوظيفة العامة ، هو من القرارات الإدارية الفردية ، ويعلق نفاذه على شرط فاسخ ، أي شرط قبول المعين للوظيفة .

وقد أشار الفقيه بلمان (١٩٩) إلى أن قرار التعيين في الوظيفة العامة معلق على شرط قبول أو رفض صاحب الشأن للوظيفة المعين فيها ، وأنه في خلال تلك الفترة يعتبر قرار غير نهائي ، ويصنور بأنه اقترح بالتعيين Proposition de nomination

الأمر الثاني : ميناء أن التنازل ينصب على الحقوق والمزايا التي تتولد عن القرار الفردي :

فالحقوق المكتسبة التي تتقرر للموظف نتيجة تطبيق المركز النظامي عليه تطبيقاً فردياً ، يمكن أن يتنازل عنها ، بشرط أن يتم ذلك بمحض إرادته دون إلزام من قبل الإدارة .

ووفقاً لهذا التصور ، فالفرد بإمكانه أن يتنازل عن حقوقه الشخصية المالية - Droits subjectifs patrimoniaux ، وهذا القول في حد ذاته يبدو مقبولاً ولا يثير إشكالا ، ولكن المتأمل في هذا التبرير يجد أنه يصطدم باعتبارات معينة منها :

أولاً : أن هذا المعيار ليس كافياً بذاته لتسوية المشكلة في مجموعها ، إذ أن شرعية التنازل مرهونة بالحقوق التي يمكن أن تتولد من القرار ، وهذا التبرير لا يفسر لنا حالة التنازل عن القرار الفردي المنشئ لحق والمعلق على شرط . وأيضاً يخرج من هذا التبرير حالة القرارات التي لا تولد حقوقاً وهي لا يرد عليها التنازل .

ذلك أن من المسلمات أن القرارات الإدارية التي لا تولد حقوقاً لأحد يمكن سحبها دائماً ، متى اتضح عدم مطابقتها للحقيقة وليس ثمة ضرر من سحبها من مصدرها أو من السلطة الرئاسية ، إذن هذه القرارات لا يرد عليها التنازل للطبيعة الذاتية المميزة لهذه القرارات .

ثانياً : يتساءل البعض (٣١) عن عدم إتاحة الفرصة للفرد أن يتنازل عن ترخيص الوقوف على نحو ما أشرنا إليه في موضعه ، ويرى أن هذا النوع من التراخيص لا ينشئ أية حقوق أو مزايا للأفراد ، ونحن نفتقر على هذا الرأي ، كما سيجئ في موضعه ، إذ أن هذه التراخيص وإن كانت تصدر بقرارات انفرادية ، على خلاف السائد حالياً في فرنسا ومصر ، من أن التراخيص تنتم بطابع عقدي ، إلا أن اتقاء مجلس الدولة الفرنسي يجرى حالياً نحو وإزاء هذه الصعوبات المتقدمة لا بد من البحث عن تبرير آخر ، كأساس لشرعية التنازل ، ويتجنب في ذلك الوقت الصعوبات السابقة .

الفروع الثاني

تبرير الفقيه بولمان

الاتصاف يقتضينا القول ، بأن التبريرات السابقة ، رغم المآخذ التي نالت منها وأضعفت من قوتها إلا أنها كشفت عن بعض جوانب إيجابية وأخرى سلبية في شأن تبرير فكرة التنازل .

وقد عالج الفقيه بولمان (٣٢) هذه الجوانب السلبية بقوله « إن التنازل عن القرار الإداري من قبل صاحب المصلحة ، مجردة من القوة والإتية القانونية وأن صاحب المصلحة قد كشف عن مسلكه بوضوح دون لبس أو إبهام عن التخلي عن المركز القانوني الذي تولد له بمقتضى القرار الإداري ، فمثل هذا التنازل قاصر incapable من إحداث آثاره القانونية وأنه ذو تأثير محدود على القرار ذاته ، وإن كان لا يؤدي إلى محو القرار من التنظيم القانوني القائم » .

والتنازل بالصورة السابقة غير ذي أثر في شرعية القرار ، ولا يبرز إلا من خلال تدخل الإدارة لإنهاء آثار القرار الذي تنازل صاحب المصلحة عن الحقوق والمزايا التي تولدت له من القرار بإحداها من التنظيم القانوني .

المبحث الثاني

السحب هو جزء التنازل عن القرار الإداري

Le retrait est une sanction de la renonciation à un acte administratif

من المعلوم أن السحب هو جزء لمخالفة مبدأ المشروعية ، ويهدف إلى إنهاء القرار بأثر رجعي اعتباراً من تاريخ صدوره .

ومن المبادئ المقررة في شأن القرارات الفردية ، أنه لا يجوز لجهة إدارية سحب قرار أصدرته في حدود اختصاصها أو العدول عنه متى ترتب على هذا القرار حق للغير إذا مضت المواعيد المقررة للطعن فيه بالإلغاء ، إذ يحض هذه المواعيد ، يكتسب القرار الإداري حصانة ولا يجوز بعدها سحبه أو إلغاؤه ، لأى سبب كان ، ولو كان خطأ أو فيه مخالفة القانون ، على نحو ما سنفصله في موضعه .

فالحكمة من تقرير نظرية السحب هي تمكين جهة الإدارة من تصحيح أخطائها التي وقعت فيها وكانت سبباً في خروجها على مبدأ

أو القرار الصادر بتنزع ملكية عقار ، إلا أن جانباً من هذه القرارات يشمل أكثر من فرد وليس لفرد معين بالذات ، بمعنى أن يكون القرار محل تطبيق على فرد أو أكثر ، وأن تنازل أحد الأفراد لا معنى لتنازل الآخرين . ويبقى القرار قائماً قانوناً بالنسبة لمن يتنازل منهم . وهذا التبرير هو الذى يفسر بقاء القرار قائماً في حق الأفراد الذين لم يتنازلوا عن حقوقهم التي تولدت لهم من القرار .

ثانياً : أن هذا التبرير يفسر أيضاً بعض الظواهر القانونية التي تركت دون تأصيل فقهي ، مثل سحب العامل المستقل طلب استقالته قبل إبلاغه بقبولها ، أو قبل انقضاء المدة المقررة قانوناً لقبول الاستقالة خلالها ، على ما سنرى في موضعه .

ثالثاً : هذا التبرير ، يتفق والأسانيد التي من مقتضاها ، إعتبار الأفراد أصحاب الشأن غرباء عن القرار الفردى في نشأته وحياته وزواله .

وانتهى من تحليله إلى التنازل عبارة عن التماس Simple requête يطلب فيه صاحب الشأن من الإدارة التدخل لإزالة القرار من التنظيم القانوني ، وهذا التصور الأخير ، يبدو من وجهة نظرنا مقبولاً ، وذلك للأسباب التالية :

أولاً ، أن التصور السابق ، لا يؤثر في شرعية القرارات الإدارية الفردية ومن المسلم به أن هذه القرارات ، هي أوضح مظهر للإمكانيات التي تتمتع بها الإدارة ، إذ أنه من شأن هذه القرارات أن تنشئ حقوقاً ، وبصفة أخص أن ترتب الزامات على عاتق الأفراد ، وهذا هو الطابع الإستثنائي الذي يتميز به القرار الإداري دون قبول لهذا التصرف من جانبها ، وتظل هذه القرارات محتفظة بقوةها القانونية ، على الرغم من تنازل صاحب الشأن عن الحقوق والمزايا التي تولدت عن القرار الإداري .

بالإضافة إلى أن القرارات الإدارية الفردية وإن كانت في ظاهرها تتجه إلى فرد أو أفراد معينين بذواتهم ، كقرار تعيين العامل في إحدى الوظائف العامة

حق إنهاء قراراتها المعيبة بأثر رجعي ، وهو ما يعرف بالسحب ، أو إنهاء آثار القرار بالنسبة للمستقبل فقط اعتباراً من تاريخ الإلغاء مع ترك آثاره قائمة في الماضي (وهو ما يعرف بالإلغاء) فما هو وجه تفضيل الإدارة لوسيلة السحب عن طريق الإلغاء ؟ وما هي مييزات ذلك ؟ وهل تتمتع الإدارة وهي بصدد سحب قراراتها بسلطة تقديرية ، بمعنى أنها تتمتع بحرية تقدير مناسبة تدخلها لإجراء السحب ، أم أن اختصاصها مقيد ؟

سندرس في المبحث التالي المسألتين في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : أساس السحب

المطلب الثاني : حرية الإدارة
(تقع الإدارة بسلطة تقديرية أثناء مباشرة السحب) .

المطلب الأول

الأساس القانوني للسحب

Le fondement du retrait

أشرنا إلى أن الإدارة قد أخذت بطريق السحب لإنهاء القرار بأثر رجعي ، واستبعدت ماعداً من الوسائل الأخرى ،

قرار غير مشروع ويتيح بالتالي للسلطة الإدارية سحبه وإعدام آثاره القانونية منذ نشأته .

فكيف يمكن التوفيق بين المبدأين المتعارضين :

أولهما : أن القرار الفردي
السليم لا يجوز سحبه أو إلغاؤه كقاعدة عامة .

ثانيهما : أن القرار الفردي
السليم المطابق للقانون الذي تنازل صاحب المصلحة عن الحق الذي تولد له يجوز سحبه بأثر رجعي .

يتبنى الفقه الفرنسي ، كما سنرى ، وجهة نظر تقضى بأن تنازل الفرد صاحب المصلحة عن الحق الذي تولد له من القرار الفردي ، يتحول إلى قرار غير منشئ لحق ، وأن القرارات التي لا تولد حقوقاً ، لجهة الإدارة سحبها في أي وقت ، وبذلك تمكن الفقه الفرنسي من خلال هذا التحليل الدقيق أن يتجنب الصعوبات التي سبق أن أشرنا إليها ، وأن يوفق بين المبادئ القانونية الأساسية في القانون الإداري .

فمن الثابت ، أن لجهة الإدارة

الشرعية ، فلا تثريب عليها ، إن هي عادت مختارة إلى حظيرة الشرعية ، ومن ثم فهي تقوم بسحب قراراتها المعيبة قبل أن يفرض عليها الإلغاء من جهة القضاء .

فالسحب معناه الفنى هو إعدام القرار بأثر رجعي اعتباراً من تاريخ صدوره وأن حق الإدارة في السحب في الميعاد القانوني لا يكون له محل إلا إذا كان القرار مخالفاً للقانون .

فالقاعدة ، أن القرار الفردي السليم لا يجوز سحبه أو إلغاؤه ، وذلك كقاعدة عامة ، ويتطابق تلك المبادئ المشار إليها ، على فكره التنازل ، يتضح أن القرارات الفردية التي يتنازل فيها أصحاب المصلحة عن الحقوق والمزايا التي تولدت لهم بموجب تلك القرارات ، قد صدرت في الأصل صحيحة ومطابقة للقانون (بصدورها من جهة الاختصاص وأفرغت في الشكل القانوني وتهدف إلى ابتغاء المصلحة العامة) .

فكيف يمكن إذن تطبيق أحكام نظرية السحب على الحالة التي نحن بصدها (١٣) ، وكيف ينقلب

ثانيا : أن الإلغاء لا يتفق
وطبيعة القرار ذاته ، فالثابت أن
الإلغاء ينصب بصفة أساسية على
القرارات التنظيمية ، أما في
حالتنا هذه ، فإن الآثار تتولد من
قرار فردى وبالتالي فلا تتوافق
بطبيعة الإلغاء مع فكرة التنازل .

ثالثا وخيرا : أن معظم
تطبيقات القضاء الفرنسى أو
المصرى فى شأن التنازل ،
مقصودة على قرارات التعيين أو
الترقية فى الوظيفة العامة ، وهى
تتم بقرارات فردية .

وأعمال طريق الإلغاء ، على
حالتنا هذه ، يفترض أن اللاحقة
ظلت سارية فترة من الزمن طالمت
أم قصرت ، وطبقت تصحيحا فرديا
والمجهت نية الإدارة إلى إزالة
آثارها بالنسبة للمستقبل ، ولكن
فى حالتنا هذه فإن الفرد يرفض
التعيين فى الوظيفة بداية فبصدور
التعيين يتولد للفرد مركز قانوني
جديد لم يكن موجودا من قبل
وانتهاء هذا المركز لا يكون
إلا بحسبه بأثر رجعى منذ نشأته
، على العكس تماما وإذا اتجهت
الإدارة إلى إلغاء القرار السليم
الذى أنشأ حقوقا أو مزايا لمصلحة

لطريق السحب عما عداه من
الوسائل القانونية .

الثانية : شرعية السحب .

الفرع الأول

**الأسباب العملية والقانونية التى
تبرر تفضيل طريق السحب**

Les raisons d'être pratiques et juridiques de l'emploi du retrait

فما هى مبررات تفضيل طريق
السحب عما عداه من الوسائل
القانونية الأخرى ؟

فيما يتعلق بوسيلة الإلغاء
وما تحدثه من آثار بالنسبة
للمستقبل فهى :

أولا : لا تتناسب وفكرة التنازل
عن الحقوق والمزايا التى تولدت
عن القرار ، فهذا السبيل يتلالم
مع اللوائح التى صدرت فى ظل
ظروف واقعية أو قانونية معينة
ثم حدث تغير فى الظروف أو
حدثت ظروف أخرى جديدة
تتعارض مع الظروف التى صدرت
اللاحقة على أساسها وغدت غير
مشروعة مما يستوجب تدخل
الإدارة لإلغاء أو تعديل اللاحقة
للمستقبل مع ترك آثارها قائمة
فى الماضى .

وتفضيل الإدارة وسيلة السحب
عن غيرها من الوسائل المقررة
يدفعنا إلى التساؤل عن الأسباب
والمبررات لتفضيل طريق السحب ،
وكيفية الموازنة بين فكرة التنازل
وشروط السحب ، وهذا يشمل أمرين :

**الأول : ما هى الأسباب
العملية والقانونية التى حدثت
بالإدارة إلى اللجوء إلى هذه
الوسيلة دون غيرها من الوسائل
الفنية لإنهاء المركز أو الوضع
القانونى الذى أفصح عنه صاحب
الشأن بإرادته إلى عدم الاستفادة
من المركز الذى تولد له من القرار
الإدارى ؟**

الثانى : هو الأهم مؤداه أن
السحب يخضع لشروط دقيقة
صارمة وأن حالات السحب محددة
بدقة ، فكيف يمكن التغلب على
قيود السحب ، حيث يتم إجراؤه
فى معظم الأحوال بعد "قوات
المواعيد القانونية المقررة للسحب
قانونا ، فما هى إذن أسس
شرعية السحب ؟

وستنصل فى هذا المطلب
المسائلتين التاليتين :

**الأولى : الأسباب العملية
والقانونية التى تبرر اللجوء**

وستدنا فيما نذهب إليه أن إدارة المرفق العام وتنظيمه يقع على عاتق الإدارة ، ولن يتأتى هذا إلا من خلال شغل الوظائف الشاغرة للمرفق في أسرع وقت ممكن حتى يعمل المرفق بالكفاءة المطلوبة .

ومع ذلك فإن القضاء الفرنسي لم يرضى في هذا الشوط إلى نهايته ، باعتبار السحب هو الوسيلة القانونية لإنهاء القرارات الفردية التي تنازل أصحاب الشأن فيها عن الحقوق والمزايا التي تولدت لهم ، لكنه تبنى أخيراً في أحكامه الحديثة وسيلة أخرى بديلة ألا وهي التصويب .

فالتصويب ، كما هو معلوم ، يتناول الأخطاء المادية ، وبين المقرر ، أن تصويب الخطأ المادي إجراء إداري صحيح لتقرير القرار الإداري ووضعه في موضعه الصحيح ، وقد استقر على ذلك القضاء الفرنسي بشرط ألا يمتد التصويب إلى التعديل الموضوعي لصلب القرار وإلا صار الأمر سحياً مخالفاً للقانون .

والتصويب أثر رجعي ، ينصرف إلى القرار الإداري منذ نشأته ،

ملك قانوناً حق سحب قرار التعيين الذي تنازل عنه صاحب المصلحة » .

فوسيلة السحب ، تجنب كثيراً الصعوبات القانونية والفنية التي تبرز خلال فكرة التنازل ، كما أن أحكام مجلس الدولة قد درجت على تأكيد أن تنازل الفرد عن قرار تعيينه يعتبر كأنه لم يكن أو لم يصدر قرار بتعيينه على الإطلاق .

وإدارة بإجراء السحب تستهدف إعدام القرار وآثاره من التنظيم القانوني ، فإنها تملك أيضاً إصدار قرار جديد بتعيين آخر في الوظيفة الشاغرة التي خلّت بتنازل صاحب الشأن على التعيين في الوظيفة المعين فيها .

ومن رأينا في هذا الشأن ، أن الإدارة تلتزم بالتدخل لإنهاء المركز القانوني الذي تولد من القسار والذي رفض صاحبه المصلحة الاستفادة منه ، وذلك بسحبه بأثر رجعي من تاريخ صدوره واعتباره كأنه لم يصدر قط ، واتخاذ إجراءات تعيين خلفه في الوظيفة الشاغرة .

فرد من الأفراد والسيبل إلى إنهاء هذا المركز لا يكون إلا بقرار من نوع جديد يسمى القرار المضاد وفقاً للشروط والإجراءات التي نص عليها القانون مثلاً تعيين موظف إذا كان سليماً لا يمكن إلغاؤه ولكن رابطة التوظيف يمكن إنهاؤها بالفصل بسبب إلغاء الوظيفة أو بالعزل أو بالإحالة إلى المعاش مع الموافقة للإجراءات التي نص عليها القانون ، ولكن لا يمكن إلغاؤه التعيين ذاته - ويمكن أن نستخلص من أحكام القضاء سلامة الاعتبارات التي حدثت بالإدارة للأخذ بـ « السحب » .

ففي حكم المجلس في قضية Dasitre^(٢٤) التي سبقت الإشارة إليه ، حيث قضى المجلس بأن قرار التعيين في الوظيفة الشرفية كان لم يكن أو لم يصدر قط وهذه العبارة واضحة الدلالة على أن السحب هو السبيل القانوني لإنهاء المركز الذي تنازل عنه صاحب المصلحة .

وقد أشار إلى ذلك صراحة في حكمه في قضية Bolelli^(٢٥) حيث قضى « بأن الحاكم العام

انتهينا فيما سبق إلى أن السحب هو الوسيلة المناسبة التي تتفق وطبيعة التنازل ، من إنهاء القرار وآثاره بأثر رجعي .

وفي الحقيقة أن سحب القرار الإداري الفردي المنشئ لحقوق يثير إشكالات وصعوبات قانونية متعددة .

فمن المتفق عليه - بصفة عامة - أن سلطة السحب تدور وجوداً وعبئاً مع الحالات وطبقاً للشروط التي يجوز الطعن فيها بالإلغاء - وأن كانت أسباب السحب أوسع من أسباب الإلغاء على نحو ماربنا - وتأسيساً على ذلك ، أصبح من المسلمات لإمكان سحب القرارات الادارية توافر شرطين جوهرين ينبغي توافرهما لإعمال السحب :

الشرط الأول : أن يكون القرار محل السحب قراراً فردياً مخالفاً للقانون entache dirréularité

الشرط الثاني : أن يجري السحب خلال ميعاد الطعن القضائي بالإلغاء .

والشرطان المشار إليهما متتبيان في شأن التنازل عن القرار

السابق اتخاذها أصدر قراراً بتاريخ ١٢ من سبتمبر ١٩٦٢ بتصويب قرار السيدة Henriot إلى آخر (é poux ludinant) .

والتصويب لا يخضع لقاعدة قيد ميعاد السحب ، الذي استقر في القضاء الإداري الفرنسي والمصري لأنه يشترط في السحب أن يكون موضوعه قراراً إدارياً معيب قانوناً أما الخطأ المادي فهو جازئ التصويب في كل وقت .

وذلك على الرغم من أن التصويب في القضية المذكورة قد تم في المواعيد المقررة للسحب قانوناً (مدة الشهرين في القانون الفرنسي) ، إلا أنه يخضع للقاعدة المستقرة في هذا الصدد ومن مقتضاه أن لجهة الإدارة أن تتدخل في أي وقت لتصحيح تلك القرارات وتصويب أخطائها الحسابية المادية دون أن يحتج عليها بتحسين القرارات المذكورة بغوات ميعاد السحب (٢٨) على نحو ما سترى في موضعه .

الفرع الثاني

(أساس شرعية السحب)

Le fonderment de la licellé du retrait

وذلك من وراء أن ذلك القرار تنظيمياً أم فردياً .

والفقيه الفرنسي (٢٩) تبين وجهة النظر هذه وقصر التصويب على تصحيح الأخطاء المادية بهدف تجنب إعادة الإجراءات التي سبق اتخاذها في شأن إصدار القرار وأيضاً للحيلولة دون تطبيق قواعد وأحكام السحب .

وقد تبني قضاء مجلس الدولة هذا السبيل ، ويظهر بوضوح في قضية Leclerc (٣٧) وتخلص وقائعه في أنه بتاريخ ٢١ من يوليو ١٩٦٢ صدر قرار من المحافظ الإقليمي (prefet pre-fectoral) بتخصيص مسكن للسيدة Henriot للانتفاع به ، وذلك وفقاً للأمر الصادر بتاريخ ١١ أكتوبر ١٩٤٥ ، وبعد انقضاء فترة من الزمن ، هاذرت السيدة المذكورة إلى مخاطبة جهة الإدارة في رغبةا بالتنازل عن الاستفادة من القرار الصادر في هذا الشأن ، وقام المحافظ بتصويب القرار المؤرخ في ٢١ يوليو ١٩٦٢ تمهيداً لاختيار شخص آخر للانتفاع بهذا المسكن ، إلا أن المحافظ بذل من إعادة الإجراءات

إلى قرار غير منشئ لحق أو مزية ، والقاعدة المستقرة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى والمصرى كما سترى - تقضى بأن القرارات الفردية التى لا تولد حقوقا لأحد فإن لجهة الإدارة سحبها فى أى وقت ولا ضرر من جواز سحبها دائما متى انقضى عهدهم مطابقتها مع الحقيقة ، على نحو ما سترى تفصيلا فى موضعه .

وفى ضوء هذا التحليل الدقيق تتلشى أمامه الصعوبات التى أثبتت فى شأن انطباق شروط السحب على فكرة التنازل ، وإن كان هذا فى ذاته يخالف مبدأ آخر يقضى بأن القرار الفردى الصادر بطريق مشروع يرتب حقا أو مزية ، يصح غير مشروع Illegal ويجوز سحبه من جانب جهة الإدارة ، وأن هذه المخالفة يمكن تبريرها فى ضوء التحليل السابق الذى يقضى « بأن القرار الفردى المشروع والمنشئ لحق يتحول إلى قرار غير منشئ لحق ، وبالتالي يجوز سحبه فى أى وقت » .

ونخلص مما تقدم : إلى أن فكرة التنازل فى حقيقة الأمر تفسر

الإجراءات الضرورية والمعالجة لصالح المرفق العام من جانب ، وتتوافق وفكرة التنازل من جانب آخر .

وفى حكم حديث نسبيا فى قضية Augé (١٠٠) أعطى المجلس أساسا قانونيا لسحب القرار ، وقضى بأن « القرار الفردى السليم الذى يولد حقوقا ومزايا لصاحب الشأن ، والذى لا يشوبه عيب من عيوب المشروعية التى تبرر إلغاءه عن طريق القضاء ، فإنه لا يمكن سحبه قانونيا إلا فى حالة تنازل صاحب الشأن عن الحق الذى تولد له من القرار » .

هذا الحل الذى أتى به هذه القضاء ، يتسم بالمنطق والوضوح والموضوعية ، ذلك أنه فى حالة التنازل عن القرار الإدارى ، فإن صاحب الشأن يتنازل بالضرورة عن الحق أو المزية التى تتولد له من القرار لا يشمل تنازله عن القرار ذاته ، للاعتبارات سائلة البين ، ومنذ ذلك الوقت نجد أن تعديلا قد طرأ على طبيعة القرار ذاته ، والتى تريد الإدارة سحبه .

فالقرء يتنازله عن الحق أو المزية التى تتولد له من القرار ، يجعل القرار يفقد صفته وينقلب

الإدارى ، فالتنازل عن الحقوق التى تولدت من القرار الإدارى من قبل صاحب الشأن يقع فى أغلب الأحيان بعد انقضاء المواعيد المقررة للسحب قانونا قياسا على مدد الطعن بالإلغاء القضائى .

وأن القرار الفردى المنشئ لحق أو مزية لا يشوبه عيب يتهدده بالإلغاء فالتنازل ينصب على قرار سليم من الوجهة القانونية . فشرط السحب التقليدي لا تنطبق على حالتنا هذه لانتفاء الشروط المطلوبة فى هذا الشأن .

والقاعدة المستقرة كما سترى ، أن من شأن تخلف شروط السحب أن يجعل القرار الساحب باطلاً وخليفاً بالإلغاء .

وعلى الرغم من هذه الصعوبات الفقهية والقانونية التى تصطدم بالسحب ، فإن مجلس الدولة كان أكثر جرأة حين قضى بدون تروء بشرعية السحب اللاحق على تنازل صاحب المصلحة عن الحق والمزية المرتبطة بالقرار الإدارى . وقد اطردت أحكام قضاء المجلس على هذا المعنى ، فى حكمه فى قضية Brandstetter (٢٩) قضى بأن للإدارة أن تتخذ مسر

وقت تدخلها لتقدير أصح الوسائل لمواجهة هذه الحالة .

ولكن متى تملك الإدارة سلطة تقديرية ومتى تملك سلطة مقيدة (أو محددة) فقد تولى الأستاذ فالين^(٤٤) الإجابة عن هذا السؤال بقوله : « إنه لا يمكن أن تكون للإدارة حرية في تقدير التزاماتها القانونية بأية حالة من الأحوال ،

بل يكون اختصاصها في هذا المجال محدداً ولا تكون سلطتها تقديرية إلا في حالة ترك مناسبة لاتخاذ قرار معين أو اتخاذ في صورة بعينها أو اتخاذ في وقت معين فهي ملزمة بما هو حق *il est liée de juste* ولكنها حرة فيما هو صالح *Il n'est pas liée de utile* وقد انتهى العميد سليمان الطماوى^(٤٥) في بحثه « السلطة التقديرية والسلطة المقيدة » إلى أن السلطة التقديرية لازمة لحسن سير الإدارة لزوم السلطة المحددة لحماية حقوق الأتسراد ، وأن الحدود الخارجية للسلطة التقديرية هي فكرة المصلحة العامة ، وعناصرها الداخلية هي أهمية الوقائع ، ووقت تدخل الإدارة ووسيلة مواجهة الحالة .

التي نحن بصددها ، حتى تتجلى الصورة تماماً .

فالإختصاص المقيد ، على نحو ما صوره الأستاذ جيرو^(٤٦) أنه في حالة السلطة المقيدة لا يترك القانون للإدارة أى حرية في التقدير ، بل إنه يفرض عليها بطريقة أمرة التصرف الذى يجب مراعاته .

وفي الحقيقة أن الدكتور كامل ليل^(٤٧) قد وصف الاختصاص المقيد بأنه عندما تتوافر شروط قانونية معينة أو تقوم عناصر واقعية محددة ، يتختم على الإدارة بمقتضى حكم القانون إصدار قرار معين دون أن يكون لها إختيار في هذا المجال .

فليست لديها حرية الامتناع عن إصدار القرار المطلوب الذى توافرت أركانه وشروط إصداره ، كما أنها لا تستطيع إصدار قرار آخر محل القرار المطلوب .

أما مدلول السلطة التقديرية فقد صورها العميد سليمان الطماوى^(٤٨) بقوله : « إنها نوع من الحرية تتمتع بها الإدارة لتقدير خطورة بعض الحالات الواقعية التى تحدث ، ولاختيار

كثيراً من الأفكار في نطاق القانون الإدارى ، كما سلف البيان .

المطلب الثانى

حرية السحب

La liberte de retrait

انتهى اللقد إلى أن التصريح السليم ، كما نراه في شأن حق الإدارة في سحب القرارات الفردية التى تنازل أصحاب المصلحة عن الحقوق التى تولدت لهم منها ، بأن تلك القرارات تنقلب من قرارات منشئة لحقوق إلى قرارات غير منشئة لحقوق ، وأن القرارات الأخيرة لجهة الإدارة سحبها في أى وقت نشاء .

فهل تتمتع الإدارة بصدده سحب تلك القرارات بسلطة تقديرية بمعنى أن تكون لها سلطة ملازمة وهى بصدده سحب قراراتها ، أم أن الإدارة مقيدة بمعنى أن تكون ملزمة بإجراء السحب إذا توافرت شروطه ؟

وينفى بادئ ذى بدء أن نحدد مدلول كل من اختصاص المقيّد والسلطة التقديرية ، ونسندى انطباقها أو اختلاقتها بصدده الحالة

gouverneur general a pu
rapporter la nomination

وأن عبارة « بإمكانه » apu ،
تشير إلى أن السحب ومصلحة
اختيارية لجهة الإدارة ، بأن
تتدخل أو لا تتدخل لإنهاء
القرار بأثر رجعي .

وأيضا بتحليل عبارة
notre jamais intervenu نجد أنه
يفترض في القرار كأنه لم يصدر
قط وبهذه الصورة يكشف الحكم
عن معنيين :

المعنى الأول : هو أن تنازل
الفرد يكفي بذاته أن يجعل قرار
التعين لايها Caduc .

المعنى الثاني : مؤداه أن تدخل
الإدارة ، كما نوهنا ، ضرورية
لا غنى عنها لمحو القرار وإزالة
آثاره من التنظيم القانوني .

وقد هجر القضاء هذا الحل
الذي يشوبه القبح وعديم
التحديد الدقيق لطبيعة سلطة
الإدارة في التدخل لإنهاء القرار
الإداري الذي تنازل فيه صاحب
المصلحة عن الحق الذي تولد له من
القرار ، وقد تبين القضاء حلا آخر
منهنا على اعتبار أن الإدارة حرة
في شأن سحب هذا النوع من
القرارات .

وقد تردد مجلس الدولة
الفرنسي في هذا الشأن واستقر
في نهاية الأمر إلى أن جهة
الإدارة تتمتع بحرية إجراء السحب
دون أن تكون سلطتها مقيدة في
هذا الخصوص . إذا كان مسلك
القضاء قد أصبح مستقرا على
هذا التكيف ، غير أنه قد شابه
التردد في الفترة السابقة عليه .

ففي حكمه في قضية
Bolelli⁽¹⁴⁾ أخذ المجلس بالصفيتين
معاً ، تعني بذلك الصفة
الإختيارية والصفة الإلزامية .

وقد أشار المجلس في هذا
الحكم إلى أن تنازل صاحب الشأن
عن الوظيفة المعين فيها ، فإن هذا
التعيين يزول بقوة القانون وبأثر
رجعي ، بحيث يفترض أن القرار
لم يصدر قط وأن لمصدر القرار
سلطة سحبه وفقاً للقانون .

ويستفاد من العبارة التالية
« الصفة الإلزامية » .

larrele ... doit etre repete n
etre jamais intervenu

كما يستف من العبارة التالية
« حرية الإدارة في إجراء
السحب » .

وفي الحقيقة أن مدلول كل من
الإختصاص المقيد والسلطة التقديرية
بصدد سحب الإدارة لقراراتها
الإدارية التي تنازل فيها أصحاب
المصلحة عن الحقوق التي تولدت
لهم من تلك القرارات تحمل نفس
المعنى ، ولا تحمل مدلولاً ولا معنى
خاصاً .

وللهذه الأولى ، يمكن القول
بأن الإدارة ملزمة بالتدخل لإنهاء
الوضع أو المركز القانوني الذي
تولد من القرار الذي تنازل فيه
صاحب المصلحة عن الحق الذي
تولد له ، وأن تهادر إلى إصدار
قرار آخر تستكمل به الفراغ الذي
حدث في التنظيم القانوني نتيجة
تنازل صاحب المصلحة عن الحقوق
التي تولدت له من القرارات الإدارية ،
ويهدف إلى إستمرار المرفق العام
بانتظام واضطراب دون توقف .

وقياساً على ما انتهينا إليه
في صدد تغير الظروف الواقعية
أو القانونية ، إلا أن الإدارة
ملزمة بالتدخل لإلغاء أو تعديل
اللائحة نتيجة تغير الظروف التي
صدرت على أساسها اللائحة ،
وأيضاً ملزمة بسحب القرارات
الفردية المعيبة .

تعليقه على حكم المجلس فى القضية المذكورة ، إلى أنه ليس من قبل الإستحالة أن تلجأ الإدارة وتنفذ قرار التعيين بالضغط على صاحب المصلحة فى التعيين ، وأن تتخذ إجراءات محاكمته بقصد إرغامه على الإلتحاق بوظيفته وإتخاذ إجراءات الفصل ضده .

وبما لا شك فيه ، أن تفضيل الإدارة إلى هذه الوسائل ، على سحب قرار التعيين ، تصيب المصالح ضده بأضرار بالغة .

ويتضح من ذلك ، أن الإدارة تستحوذ على إمكانات متعددة ، منها حرية إتخاذ الإجراء المناسب ، ووقت إتخاذها ، وتقدير فحواها ، تلك هى الملامات المتروكة لجهة الإدارة .

وفى الحقيقة أن التنازل والسحب وجهتان لعملة واحدة ، كل منهما يرتبط بالآخر ارتباطاً وثيقاً ، فالتنازل من جانب صاحب المصلحة ، عن الحق الذى تولد له من القرار ، يغدو القرار غير ملائم Inopportun والسحب هو الوسيلة

التي تتناسب وطبيعة التنازل ، وترمى إلى إهدار القرار وآثاره بأثر رجعى .

هذا المسلك الاعتبارين التاليين أحدهما نظرى والآخر عملى **الاعتبار النظرى :**

الإدارة ملزمة بإتخاذ إجراءات السحب ، وإعمال السحب يتعين أن يكون هناك قرار فردى يستند بالضرورة على قبول صاحب المصلحة ، ويكون السحب فى ضوء هذه الظروف شكلياً لمحو القرار وإزالة آثاره من التنظيم القانونى القائم ، فإختصاص الإدارة فى هذا النطاق مقيد بإرادة الفرد .

الاعتبار العملى :

من الوجهة العملية لصاحب المصلحة التنازل عن الإستفادة من الحق أو الميزة التى تولدت له من القرار ، ومن الجهة المقابلة ، فلجهة الإدارة مصلحة فى التفاوض عن التنازل وتعميد النظر فى تنفيذ القرار الذى أصدرته فى هذا الخصوص ، والنتيجة المترتبة على ذلك هى مساواة الموظف تأديبياً عن واقعة تخلفه عن تنفيذ القرار .

وهذا الغرض قد أثير فى صدد قضية Anglade ، حيث أشار مفوض الحكومة Tricot^(٤٩) فى

وقد قبل القضاء الفرنسى هذا الحل فى أحكامه اللاحقة وإنتهى فى حكمه فى قضية Desfour^(٥٠) بطريقة واضحة لا لبس فيها إلى جريمة الإدارة فى سحب تلك القرارات .

وفى هذا القضاء ، كما أشرنا إلى أن السيد Desfour قد شطب من عداد العاملين بالتقنوات المسلحة وأنه حصل على معاش التقاعد pension de retraite وأنه بعد مضى فترة طيلة تنازل عن معاشه ، ثم بعد فترة التمس من الإدارة إعادة تقرير معاشه وفقاً لأسس جديدة (وقد جاء الحكم خلباً من تعدييد ماهية الأسس الجديدة التى أشار إليها الطاعن والتى فى ضوءها يتم التقدير الجديد) .

وتبرز الصفة الاختيارية فى الحكم فى عبارة المجلس " faculte " بأنه لمصدر القرار إمكان سحب القرار الذى غدا غير ملائم بتنازل صاحب المصلحة عن الحق الذى تولد له من هذا القرار^(٥١) .

فما هى الجبروات التى دفعت بالإدارة إلى ولوج هذا المسلك ؟

نستوق فى مقام التدليل على

المسألة الثانية : فكرة موجزة عن التنازل عن الدعوى وحكم الإلغاء .

المطلب الأول

أسباب العدول عن التنازل

فى الواقع أن قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، قد ساهم التردد والاضطراب فترة طويلة قبل إقرار مبدأ العدول عن التنازل وأصبح مستقراً فى قضائه ، وغدت القاعدة السائدة أن العدول عن التنازل سنة قضاء مجلس الدولة الفرنسى .

ومن المتعين ، أن ندرس فى هذا الشأن تطور القضاء وما انتهى إليه فى شأن تلك المسألة بالشرح والتحليل :

١ - تردد القضاء بضد تلك المسألة .

٢ - شرح وتحليل هذا القضاء .

الفرع الأول

تردد القضاء فى شأن إقرار مبدأ

العدول عن التنازل

يجتنب بنا أن نشير فى البداية إلى أن العدول عن القرار الإدارى من جانب الإدارة يعنى

هو ثابت فقهاً وقضاً أن الجهة الإدارية سحب قراراتها التمهيدية أو التحضيرية دائماً وفى كل وقت ، وفى تلك التى لا تتوافر فى شأنها مقومات القرار الإدارى التى حددت شروطه أحكام القضاء ، وأهمها أن يكون القرار ذا طابع تنفيذى ، وأن يحدث تأثيراً فى المراكز القانونية للأفراد إنشاءً أو إلغاءً أو تعديلاً .

فطلب التنازل لا يعد من إرادة مقدمه وأنه طابع مؤقت: وقابل للعدول عنه من جانب صاحب المصلحة . هذا فى التنازل عن القرار الإدارى . أما عن التنازل عن حكم الإلغاء فقد استقر القضاء الفرنسى^(١) على قاعدة مقتضاها : أنه إذا قرر الشخص الذى حصل على حكم بالإلغاء بعد صدور الحكم - عدم تمسكه بهذا الحكم ، فإن مثل هذا القرار لا يكون له رأى أثر على الحكم المذكور . ويبقى أثر الإلغاء قائماً على نحو ما سترى فى موضعه .

وتتناول هـ واستثناء فى هذا البحث المباحثين العاليتين .

المسألة الأولى : أسباب العدول عن التنازل .

والفقه الفرنسى ، انتهى إلى أن التنازل - على نحو ما رأينا - عبارة عن تصرف تحضيرى أو تمهيدى ، وأنه بهذه الصورة غير ذى أثر فى شرعية القرار ، وإن كان يؤثر فى وجود القرار ذاته ، بما يدفع الإدارة إلى سحبه وإنهاء آثاره رجعياً .

وضمن التنازل أيضاً ، على أنه طلب يتوجه به صاحب المصلحة للإدارة ، ملتصقاً سحب قرارها . وهذا التصور الأخير وهو الذى يظهر الطبيعة الخاصة caractère particulier للتنازل ، والتى منح لصاحب المصلحة العدول عنه .

المبحث الثالث

القابلية للعدول

فى السمة المميزة لفكرة

التنازل عن القرار الإدارى

la revocabilité, caractère de la renonciation à un acte administratif

سبق أن بينا أن بعضاً من الفقهاء قد ذهب إلى تصوير فكرة التنازل على إنها قرار تمهيدى أو تحضيرى (simple proposition) وأنه قابل للرجوع فيه من جانب صاحب الشأن ، وبالمقابلة ووفقاً لما

وقد تحول اتجاه قضاء المجلس في حكمه في قضية Auge (سبقت الإشارة إليه) . وأشار إلى أن الطاعن Augé قد رقى إلى حامل رتبة شرف من رتبة الكوماندور بتاريخ ٢٧ من فبراير ١٩٥٦ وقد أفصح المذكور عن رغبته في التنازل ثم عاد وطلب من الإدارة إعتباره تنازله كأن لم يكن . وبالرغم من ذلك فقد بادرت جهة الإدارة إلى سحب قرار الترقية ولم تلتفت لعدول المذكور عن تنازله ولما عرض الأمر على القضاء الإداري قضى بإلغاء قرار السحب وإعدام آثاره منذ صدوره ، وإعتباره كأن لم يصدر قط ، وذلك تأسيساً على أن الطاعن قد أعلن عن رأيه صراحة في العدول عن التنازل قبل أن تشرع جهة الإدارة في اتخاذ إجراءات سحب القرار المقررة وفقاً للقانون .

ويتضح من هذا أن القضاء قد استبعد اتجاهه السابق ومؤداء أن التنازل غير قابل للرجوع فيه من قبل صاحب المصلحة .

وهذا القضاء يمثل إيجاباً جديداً اتجاه قابلية التنازل للعدول

ففي حكمه في قضية Brandstetter (سبقت الإشارة إليه) كان المبدأ السائد مؤداء أن التنازل غير قابل للرجوع فيه أو نقضه من قبل صاحب المصلحة .

وباستعراض وقائع هذا الحكم يتضح أن الطاعن قد تنازل عن قرار تعيينه مديراً إقليمي لهيئة التلفزيون والتليفون والاتصالات اللاسلكية (P.T.T.) لمدينة مرسيليا وبعد روح من الزمن وقبل أن تتخذ الإدارة موقفها من التنازل عن الحق المتولد من القرار أرسل إلى جهة الإدارة كتاباً أفصح فيه عن نيته في عدوله عن تنازله وأنه يرغب في الإلتحاق بوظيفته ، غير أن الإدارة لم تتول على هذا العدول ولم تلتفت إليه وقد سارعت باتخاذ إجراءات سحب القرار ، ولما عرض الأمر على القضاء الإداري أقر بشرعية السحب ، تأسيساً على ، أن تغير نية الطاعن وإعلانه عن إرادته في الرجوع عن تنازله في اللحظة الأخيرة وإبداء إستعداده للإلتحاق بوظيفة سبق تعيينه فيها لا يمنع الإدارة من اتخاذ إجراءات سحب قرار تعيينه .

الرجوع عن قرار نشأ معيباً من حيث الملائمة ، وإن كان صحيحاً من الناحية القانونية وأن من نتائج الرجوع أن ينقضى القرار منذ وقت نشأته كلياً ، وتزول جميع الآثار التي تولدت عنه .

فهل يحمل عدول الفرد عن تنازله نفس المعنى والدلالة التي تكون لنقض القرار من جانب الإدارة ؟

في الحقيقة أن الفرد بتنازله عن الحقوق والمزايا التي تولدت عن القرار يحض اختياره وإرادته دون جبر أو إكراه من جانب الإدارة مقدراً خطورة تصرفه وما يتسبب عنه من أضرار بالغة ثم يعدل عن تنازله ، فهل يعتد بهذا العدول من جانبه ؟

الواقع كما نوهنا ، أن مجلس الدولة لم يصل إلى المبدأ المستقر عليه في قضائه في قابلية عدول الفرد عن تنازله إلا بعد فترة تروء طويلة سادت أحكامه وأعتبر أن التنازل يتصف بطابع التوقيت precarite . فلي أول الأمر كان السائد في قضائه أن التنازل غير قابل للرجوع فيه أو نقضه (Irrevocable) من قبل صاحب المصلحة .

من قبل صاحب الشأن وقد إنتقد البعض^(٥١) هذا الإتهام الأخير السائد في قضاء المجلس ، وذلك من خلال التفرقة بين الإتهام القديم والإتهام الحديث للمجلس ، والتمييز بين نطاق تطبيق كل منهما .

فالإتهام القديم مؤداه إمتناع العدول عن التنازل ، برز ذلك في حكم المجلس في قضية Brandestetter وهو ينصب بصفة أساسية على قضاء الموظفين ويصدد قرارات التعيين في الوظيفة العامة .

والإتهام الحديث للمجلس هو المتعلق بقابلية العدول عن التنازل ، وهو يتناول موضوع الترقيات الشرفية (الرتب والنياشين الشرفية) . وينتهي إلى أن القاعدة السائدة في قضاء المجلس هي المتعلقة بالتنازل عن العدول مقصورة على الترقيات الشرفية .

وقد أبرز الفقيه odent^(٥٢) أبعاد هذه المشكلة بقوله : أن موضوع الترقيات الشرفية لا يمثل نفس الدرجة والأهمية بالنسبة للإدارة فيما يتعلق بموضوع

التعيينات والترقيات في الوظيفة العامة .

وفي الحالة الأولى : حالة منح الرتب والنياشين الشرفية :

من المسلم به ، أن إحتمال صاحب الشأن (المستفيد) من هذه الرتب والنياشين الشرفية ، أن يبدي رأيه مرات عديدة فيما يتعلق بقبوله أو رفضه مثل هذه الرتبة أو الترقية وأن هذا التردد لا يؤثر إلا تأثيراً طفيفاً على المصلحة العامة .

وفي الحالة الثانية : حالة التعيين في الوظيفة العامة فهذه الحالة التي نحن بصدها ، على خلاف الحالة السابقة ، إذ أنه من الضروري أن يحدد الموظف موقفه صراحة بقبوله أو رفضه الوظيفة ، ويرجع ذلك إلى أن التردد الطويل يتأل من مبدأ سير المرافق العامة بإنتظام واضطرار

ولكن من الصعوبة مكان التوفيق بين الوضعين السابقين ، في ضوء نظرية القرارات الإدارية وفي إطار القواعد العامة المقررة في شأن الوظيفة العامة فالصرفان متفقان بأنهما تصرفان

قانونيان لهما نفس الطبيعة ومن جنس القرارات التنفيذية ،

فكيف يمكن أن تعطى لكل منهما نظاماً قانونياً مغايراً عن الآخر ، أو يحصل كل منهما طبيعة قانونية مختلفة عن الآخر .

فقد ذهب مفوض الحكومة Tricot^(٥٣) في هذا الصدد إلى القول ، بأنه ينبغي التسوية في المعاملة بين التصرفين بإعتبارهما قرارات إدارية تلح في نطاق الوظيفة العامة .

وننتهي من العرض السابق ، إلى أن القضاء مستقر على قبول العدول عن تكليف التنازل بأنه إقتراح Propotion وأنه بهذا التكليف يكون قابلاً للرجوع فيه في أي وقت .

الفرع الثاني

شرح وتحليل القضاء السابق

لمجلس الدولة الفرنسي

في الواقع أن حكم المجلس في قضية Auge قد أثار العديد من التساؤلات ذات الأهمية والدلالة في أن واحد ، وبصفة خاصة فيما يتعلق بطبيعة التنازل .

عن تنازله ، وهل يبقى حق الرجوع مفتوحاً إلى أجل غير مسمى أم من المتعين تحديد فترة محدودة يجوز لصاحب الشأن خلالها العدول عن تنازله ؟

سبق أن أشرنا ، إلى أن صاحب المصلحة أن يعدل عن تنازله ما دام أن الإدارة لم تهدد موقفها بوضوح أو تتخذ مسلكاً إيجابياً حيال تنازله ، فإذا بادرت باتخاذ إجراءات السحب فإنه يعتبر عليه الرجوع في تنازله ، وتبقى منطقة العدول عن التنازل محصورة في الفترة من تاريخ تنازله إلى وقت تدخل الإدارة لسحب القرار .

المطلب الثاني

نظرة موجزة عن التنازل عن

الدعوى المنظورة أمام القضاء والتنازل عن حكم الإلغاء

إنتهينا فيما سلف ، إلى أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، أقر بشرعية التنازل في نطاق قرارات التعيين والترقية في الوظيفة العامة ، وأن هذا التنازل في حد ذاته غير ذي أثر في شرعية وإنقضاء القرار الإداري ، بل يؤثر فقط في وجود القرار

المرحلة الأولى : إعلان إرادة الفرد (التنازل بالمعنى الدقيق)

المرحلة الثانية : تدخل السلطة الإدارية لسحب القرار .

وسبق أن نوهنا ، إلى مدى العلاقة الوثيقة بين التنازل والسحب وأنها وجهان لعملة واحدة وهذا التفسير يوضح أن التنازل في حد ذاته غير ذي أثر قانوني إلا من خلال تدخل الإدارة باتخاذ إجراءات السحب حتى تكامل العملية القانونية .

وهذا يفسر أيضاً أن التنازل ليس نهائياً ، إنما هو تصرف تحضيرى يجوز لصاحب المصلحة الرجوع فيه ، وأن العدول مشروط بعدم تدخل الإدارة بإتخاذ إجراءات سحب القرار .

ويعلمهم المخالفة إذا بادرت الإدارة إلى إتخاذ إجراءات سحب القرار الذى تنازل صاحب المصلحة عن الحقوق التى تولدت له من القرار ، فإن رجوع الأخير في تنازله لا يصادف محلاً يقع عليه وبالتالي يقع باطلاً ولا يؤثر على إجراءات السحب التى تمت سليمة . وقد تثار مشكلة تحديد الوقت المناسب لعدول صاحب المصلحة

فمن المسلم به أن التنازل يفترض فيه بالضرورة قبول العدول عنه ، وذلك لأن التنازل تصرف قانونى حقيقى ولذلك فهو قابل للعدول عنه في كل وقت .

وقد أشار malaurie⁽⁶⁶⁾ إلى أن مبدأ عدم القابلية للنقض أو العدول شرط لوجود التنازل ذاته .

l'irrévocabilité est une condition de l'existence même de la renonciation وأضاف إلى أن التنازل الفردى غير قابل للعدول عنه من لحظة صدوره . وقد كشفت المجلس عن هذا الإلزام في حكمه في قضية Association Syndicale de renonciation de Toulon-port⁽⁶⁷⁾

حيث قضى بأن التنازل غير قابل للعدول عنه وقد أجد المجلس ، كما نوهنا بعدم القابلية للعدول عن التنازل le caractere irrevocabile de la renonciation

ولكن القضاء قد أخذ بقاعدة مغايرة لقضائنا السابق مؤداها أن التنازل قابل للعدول عنه وفقاً للتصوير الذى إنتهى إليه الفقه الفرنسى⁽⁶⁸⁾ في شأن التنازل بأنه عملية مركبة تتم على مرحلتين :

الذى حصل على حكم بالإلغاء بعد صدور الحكم أنه سوف لا يتسكك بهذا الحكم ، فإن مثل هذا الإقرار لا يكون له أى أثر على الحكم المذكور ويبقى أثر الإلغاء قائماً »

كما أشار حكم المجلس فى قضية Association pour l'interet de la Residencia a Ecullly (٥٩) إلى القول بأن آثار حكم الإلغاء تختلف عن الأحكام الصادرة فى المواد المدنية أو القضاء الكامل ، فإن حكم الإلغاء لا يمكن التنازل عنه ولا يتصور إنهاؤه الحكم بتنازل صاحب المصلحة ، بل تبقى آثاره قائمة ويبقى ذا حجية قبل الكافة .

ونخلص مما تقدم إلى أن التنازل عن الدعوى من جانب واقعها غير ذى أثر وقاصر عن إحداث آثاره ، بل يتطلب الأمر تدخل القاضى لإنزال حكم القانون وإثبات التنازل .

أما فيما يتصل بالتنازل عن حكم الإلغاء فإنه لا يعتمد به ، بل يبقى الحكم قائماً ومنتجاً لآثاره القانونية ، أما فيما يتعلق بالأحكام الأخرى ، فهى قابلة للتنازل وينتج أثره فيما بين أطرافه .

ثانياً : فيما يتعلق بالتنازل عن حكم الإلغاء :

دعوى الإلغاء ، كما هو معلوم ، تنصب على مهاجمة القرار الإدارى ذاته بقصد إعدامه وإهدار آثاره بأثر رجعى ، فدعوى الإلغاء ليست دعوى شخصية ولكنها دعوى موضوعية عينية ، وتترتب على تكييف دعوى الإلغاء بأنها دعوى موضوعية ، فإن حكم الإلغاء ذو حجية مطلقة قبل الكافة erga omnis ، أما الحكم فى الدعاوى الأخرى ، فحجيتها نسبية مقصورة على أطرافه ، ففى هذا الخصوص قضى مجلس الدولة فى حكمه فى قضية Ecole de privée de filles prodelles c/ ministre d'Education (٥٨) بأن التنازل عن حكم الإلغاء لا يكون له أثر على هذا الحكم ، وذلك لما لحكم الإلغاء من حجة على الكافة ونظراً للطبيعة الموضوعية للطعن بالإلغاء ، وقد جاء فى عبارات الحكم « من حيث أنه بالنظر إلى الآثار المترتبة على الحكم الصادر بإلغاء القرار الإدارى لمجاوزة السلطة ، فإنه إذا قرر الشخص

ذاته ، وأن هذا يتطلب تدخل الإدارة لإثبات التنازل وسحب القرار وإزالة آثاره من التنظيم القانونى بأثر رجعى .

وهل يصدق هذا القول فى شأن التنازل عن الدعوى أثناء نظرها أمام القضاء وأيضاً فى التنازل عن حكم الإلغاء ؟

أولاً : فيما يتعلق بالتنازل عن الدعوى :

desistement d'action ou d'instance

يطبق فى هذا الشأن القاعدة العامة التى تقضى ، بأن تنازل المدعى عن دعواه غير ذى أثر ، وأنه ليس كافياً بذاته لإعتبار أن الخصومة منتهية وإنما تدخل القاضى ضرورى لإثبات هذا التنازل بإنزال حكم القانون .

وهذا ما أشار إليه الفقيه Blummann (٥٧) بقوله « إن مثل هذا التنازل ليس كافياً بذاته لإنهاء الدعوى ، بل إن تدخل القاضى ضرورة قانونية لإنزال حكم القانون وإثبات التنازل وانقطاع الخصومة l'interruption du proces

الفصل الثاني

إتجاهات الفقه والقضاء المصري في
صد فكرة النزول عن الطوق التي
تولدت من القرار الإداري

كما يجدر التنويه إليه هنا ، أن
موقف الفقه والقضاء في صد
المسألة المعروضة ، يختلف عن
موقف الفقه والقضاء الفرنسي .
محور هذا الاختلاف أن قضاء
مجلس الدولة المصري أنكر كل
صور التنازل ولتباين هذا
الاختلاف ، قد يكون من المفيد أن
نعرض لتطبيقات من قضاء مجلس
الدولة المصري في هذا الصدد .

وفي ضوء ما تقدم - نتقدم
دراستنا - في هذا الصدد - على
التحركات الآتية :

المبحث الأول : رضا صاحب
الشان بقبول مزايا أدنى لما هو
مقرر لوظيفته .

المبحث الثاني : رضا صاحب
الشان بالتنازل عن الحق الذي تولد
له بمقتضى قرار التعيين .

المبحث الثالث : نظرة موجزة
عن التنازل عن الدعوى أثناء
نظرها أمام القضاء وعن أحكام
القضاء الإداري .

وتتناول الموضوعات المتقدمة
بالتفصيل على النحو التالي .

المبحث الأول

**رضا صاحب الشان بقبول مزايا
أدنى لما هو مقرر لوظيفته**

فمعظم تطبيقات قضائنا
الإداري (٦٠) تقوم على فكرة
رضا الموظف بقبول وظيفة أقل
ورتب أدنى لما هو مقرر أصلاً
لمؤهله مخالفاً بذلك قواعد
الإنصاف التي تقرت في عام
١٩٤٤ ، وكانت تهدف في المقام
الأول إلى تحسين حال الموظفين
بتحديد درجاتهم ورواتبهم ، وأن
هذه الأمور الأساسية في حياة
الموظف لا تخضع لإتفاق بين
الحكومة والموظفين وإنما ينبغي أن
تكون محددة وواضحة لا يثار
بشأنها لبس أو غموض وذلك
بالتصريح عليها في القوانين واللوائح
التي تنظم الوظيفة العامة . وقد
مجدت تلك المبادئ في أحكام
قضائنا الإداري بإنكار صسور
التنازل وأشكاله المختلفة التي
تندرج في إطار هذا المفهوم ،
فقضى في حكمة بتاريخ ٢٢ من
فبراير ١٩٥٤ (٦١) بأنه « إذا كان
التنازل قد إنصب على حق مقرر

للموظف قانوناً وواجب الحكومة
المعمل على وصوله لصاحبه
لا المساومة عليه باطلاً ، لأنه
صدر بدون مقابل أو سبب مشروع ،
ذلك لأنه لا يجوز أن يتفق على
تعديل حق للموظف أو تخفيضه
أو يتحسك بما يجرى عليه من
تنازل في شأنه ، لأن علاقة
الموظف بالحكومة علاقة تنظيمية
لاتحية » .

فالتنازل قد إنصب على حقوق
مقررة بنص القانون أو اللائحة وأن
هذه القواعد تسهد المصلحة
العامة وأن تلك المصلحة وثيقة
الصلة بالوظيفة التي تقوم علاقة
الموظف فيها بالحكومة على أسس
تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح
لاعلاقة تعاقدية ، فلا يصح
الإتفاق على ما يخالفها . أما في
شان التنازل عن المزايا الشخصية
أو الحقوق المكتسبة التي تقرت
للموظف نتيجة تطبيق المركز
النظامي عليه تطبيقاً فردياً ، ففي
هذه الحالة يمكن أن يتنازل عنها
بشرط أن يتم ذلك بمحض إرادته
دون إلزامه من قبل الإدارة (٦٢) .

وقضاؤنا الإداري (٦٣) مستقر
في شأن تكييف العلاقة بين

الموظف والحكومة على إنها علاقة تنظيمية لانه تنظمها القوانين واللوائح لاعلاقة تعاقدية .

وقد اختلفت التصورات التي قال بها القضاء لتبرير التنازل !! فقد صور التنازل بأنه صلح وقضى المجلس بطلانه وذلك في حكمه بتاريخ ١٩٥٤/٢/٢٢ (٦٤)

الذي أشار فيه إلى أن الإتفاق الذي تم بين الحكومة والموظف بشأن قبول الموظف التنازل عن حقوقه أو تخفيضها يعتبر صلحاً باطلاً . فالصلح هو من العقود الرضائية الملزمة للجائنين وبه ينحصر النزاع وتنقضى الحقوق والإدعاءات التي تنازل عنها أى من المتعاقدين (٦٥) فتكليف هذه

الحالة بأنها صلح باطل لأنه انصب على حقوق للموظفين تقررت بموجب القوانين واللوائح ، وأن هذه القاعدة تستهدف المصلحة العامة وأنه لا يجوز الإتفاق على ما يخالفها ، كما أن علاقة الموظف بالإدارة تعتبر علاقة لانه ليست تعاقدية .

وتكليف التنازل بأنه عقد (٦٦) موقع بين الإدارة والموظف باطل أيضاً لمخالفة ذلك لأحكام القانون

التي تحدد درجة الوظيفة ومرتبتها ، كما أنه باطل لمخالفته للنظام العام ولا يعتد به لإتطوانه على إمتحان كرامة الوظيفة العمومية بجعل راتبها ودرجتها محلاً للمساومة واستغلالاً للحاجة إليها مما يجب أن تتنزه عنه .

وأخيراً قد إنتهى قضاؤنا الإدارى إلى إعتبار إقرار الموظف (٦٧) كتابة بقبول التعمين فى درجة أقل أو قبول مرتبة أدنى لا يمتد به ولا يحول بين الموظف وبين المطالبة بتسوية حقوقه فى الدرجة أو المرتبة حسب مؤهله ووفقاً للقواعد المقررة بموجب القوانين واللوائح .

ومن أحكامه الحديثة حكمه بتاريخ ١٩٧٣/٢/٢١ (٦٨) وجاء فيه : « أن قبول العامل التعمين فى طيفه أدنى وكتابة إقرار بذلك لا يعتبر تنازلاً عن حق قرره له القانون » .

والاستفاد من أحكام القضاء الإدارى ، أن رضا الموظف أو قبوله وضعاً مخالفاً للقوانين واللوائح التي تنظم الوظيفة ، يقع باطلاً ولا يعتد به لما فيه من إستغلال غير مشروع لحاجة

الموظف وأمثاله ، ولا يصح الإستعداد برضاؤه بالدرجة أو الراتب الذى تقرره له ، ولا بالإقرار الذى وقعه بقبول التعمين فى درجة أو راتب أقل ، ولا يحول دون المطالبة بحقوقه المشروعة وتصحيح وضعه طبقاً للقانون واللوائح التي تنظم الوظيفة العامة .

وهل يتطلب هذا التصحيح إلغاء القرار الصادر بالتعمين فى وظيفة أدنى أو تقاضى مرتبة أقل ؟

وقد أجاب القضاء (٦٩) على هذا التساؤل بقوله : « إن تصحيح هذا الوضع لا يستلزم إلغاء القرار الصادر بالتعمين لأن الخطأ فى تحديد الدرجة والمرتبة لا يؤثر فى صحة هذا القرار متى صدر من السلطة المختصة وبأداة قانونية وكان الموظف مستكملاً لشروط التوظيف المنصوص عليها فى القوانين واللوائح ، فالتعمين فى الوظيفة العامة يتم بالقرار الإدارى الذى تفصح بمقتضاه السلطة الإدارية عن إرادتها فى إلحاق موظف بالخدمة ، أما الدرجة والراتب اللذان يستحقهما هذا الموظف بسبب تعيينه ليسا شرطا من شروط التعمين وإنما هو أثر من

آثاره وحق استمده من القوانين واللوائح ولا يجوز للسلطة الإدارية الاعتداء عليه بوضع الموظف في درجة أدنى أو منحه مرتباً أقل مما قدرته له القوانين واللوائح .

ونخلص مما تقدم إلى أن العلاقة بين الموظف والحكومة علاقة قانونية فلا سلطان لغير القانون في تنظيمها ، ومن ثم فلا دخل لإرادة الموظف في تقرير الحقوق التي تخول له والالتزامات التي تفرض عليه فالمرتب الذي ينع له وشروط التوظيف كل ذلك لا يكون محل مساومة بل يعينه القانون فلا يمكن أن يرتبط الموظف بالحكومة على ما يخالف أحكامه وإذا ما وقع هذا الارتباط التراضيائي ملزماً لها وناقذاً عليهما بل يكون باطلاً . وقد استقر القضاء الإداري على إبطال كل اتفاق ارتضى به الموظف مرتباً أقل مما قدرته القوانين واللوائح لوظيفته باعتبار أن تهديده متعلق بالنظم العام ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفه . كما لم يقبل القضاء أن يؤول موقف الموظف بأنه قد تنازل عن حق له فيتعبد

بهذا التنازل ، ذلك أن حقه في المرتب المعين بالقانون لا يقبل التنازل عنه للحكومة كلياً أو جزئياً .

المبحث الثاني

رضاء صاحب المصلحة بالتنازل

عن الحق الذي تولد له

بمقتضى قرار التعيين

إنتهينا إلى أن القضاء قد أنكر صور التنازل وأشكالها التي تتناول أموراً تتعلق بقبول الموظف لوظيفة أقل ومرتب أدنى لما هو مقرر له بمقتضى القوانين واللوائح . وقد عرض على القضاء تطبيقات تتعلق بتنازل صاحب المصلحة عن قرار تعيينه في الوظيفة العامة ، ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ١٩ يناير ١٩٦٧ (١٠) وجاء فيه :

« من حيث الأصل أن القرار الإداري هو تعبير عن إرادة منفردة أي إرادة الإدارة وحدها ولكن من القرارات الإدارية الفردية ما يتوقف صدوره على إرادة الأفراد ، فالقرار الصادر بالتعيين أو الترخيص أو منح الجنسية مثلاً

يتوقف على طلب ذي المصلحة ... وهذه القرارات ليست لها طبيعة متميزة عن سائر القرارات الإدارية ، فإذا ما اشترط القانون موافقة ذي المصلحة لصدر قرار إداري فإن اختصاص الإدارة في هذه الحالة يصبح مقيداً من حيث أنها لا تستطيع إصدار ذلك القرار إلا إذا قام سببه الذي عينه المشرع وهو طلب ذي المصلحة ، أما فيما عدا ذلك فإن الأحكام العامة للقرارات الإدارية تشمل جميع أنواع القرارات سواء اشترط تقديم طلب استصدارها أم لا ... » ويتضح من هذا الحكم أنه وإن كان الأصل في القرارات الإدارية أن تصدر عن إرادة الإدارة وحدها (أي تصرف انفرادي) بمعنى أن إرادة الأفراد أصحاب المصلحة لا يعمل عليها في هذا الشأن وأن القرار يصدر دون مشاركة أو مساهمة من جانب صاحب المصلحة ، فإنه مع ذلك يشير بأن إرادة ذي المصلحة تساهم ولو بصورة بسيطة في إصدار القرارات الإدارية ويظهر ذلك في صورتين :

الأولى : بطريق الطلب وتكون فيه موافقة الفرد ضرورية قبل إصدار القرار بمعنى ألا يصدر

القرار إلا بناء على طلب
فى الشأن ، وهنا تعتبر موافقة
صاحب الشأن أو طلبه سبباً للقرار .

فالقرار الإدارى يجب أن يقوم
على سبب يبرره فلا تتدخل الإدارة
إلا إذا قامت حالة واقعية أو
قانونية تستدعى تدخلها ،
فلا يجوز قبول إستقالة موظف لم
يقدم هذه الإستقالة فالطلب هنا هو
الحالة الواقعية التى تسوغ تدخل
الإدارة .

وفى هذا تقول إدارة الرأى
لوزارة الأشغال فى الفتوى رقم
٦٢٤ فى أبريل ١٩٥٦ (٧١) فى
شأن الإستقالة : « إذا كانت
الإدارة تملك إصدار القرار بمجرد
قيام السبب الذى يبرر إصداره
فإنه يتعين أن يظل السبب قائماً
حتى صدور القرار بحيث لو زال
سبب القرار قبل إصداره فإنه يتمتع
على الإدارة إصداره ، فأسباب
القرارات الإدارية يجب أن تكون
محقة الوجود وقائمة من وقت
طلب إصدارها إلى وقت إصدارها
بالعمل » .

ويقول الدكتور عثمان خليل (٧٢)
تأييداً لهذا الرأى « ترى محكمة
القضاء الإدارى أن الإستقالة

كعملية قانونية ليست تعاقداً
بالمعنى المفهوم قانوناً ، وهو الذى
يقوم على تلاقى الإيجاب من أحد
المتعاقدين مع قبول الطرف الآخر ،
بل هو مركز قانونى ينشأ فى
الأصل بقرار الرئيس المختص
بقبول الإستقالة التى أثارها
الموظف بطلبه » .

غير أنه لما يجب التنبيه إليه
أن إختصاص رئيس المصلحة بقبول
الإستقالة أو عدم قبولها رهن بأن
يثار هذا الموضوع بطلب من
الموظف يعرض فيه الإستقالة عن
رضاً صحيح لا يشوبه شئ من
تأثير أو ضغط خارجى وأن يظل
الطلب قائماً فى الوقت الذى
يصدر فيه الرئيس قراراً بقبول
الإستقالة .

**والثانية : من القرارات التى
تشارك فيها إرادة الشأن مع إرادة
الإدارة فتكون موافقة صاحب
الشأن ضرورية لنفاذها بعد
إصدارها ، بحيث إذا لم يوافق
صاحب الشأن على القرار بعد
صدوره فإنه لا ينفذ ، ومن قبيل
هذا النوع من القرارات ، قرارات
التعيين فى الوظيفة العامة .
فموافقة الموظف على قرار التعيين**

ليست سبباً للقرار وليست عنصراً
من عناصرها ولكنها شرط لنفاذه
بحيث إذا تخلف فإن القرار
ينقض منذ نشأته ، وإذا كان
الأمر كذلك فيما يتعلق بصدور
القرار من التفرقة بين القرارات
التي لا تحتاج إلى الكشف عن
إرادة الأفراد فيها وتلك التى
تطلب مساهمة الأفراد فى
إصدارها بناء على طلبها أو ضرورة
موافقتها ، على إختلاف فى نطاق
كل من هذين النوعين من القرارات .
فماذا يكون الحال فيما يتعلق
بنفاذ القرارات الإدارية ؟ وهل
للأفراد دور فى إنقضائها ؟

يقضي التفصيل فى هذا
الخصوص ببيان التفرقة بين
القرارات التنظيمية والقرارات
الفردية .

فيما يتعلق بالقرارات التنظيمية .

الأصل فى هذه القرارات أنها
تصدر لترتيب المصلحة العامة ومن
ثم فهى ليست بحاجة إلى إرادة
الأفراد للمساهمة أو المشاركة فى
إصدارها وإنما تصدرها الإدارة لما
لها من سلطة بمقتضى القانون .

ومن الثابت أن للإدارة من
الجهة المقابلة ولاية إلغاء قراراتها

فقد أجابت المحكمة الإدارية العليا على ذلك فى حكمها بتاريخ ١٩٥٩/١٢/١٢ (٧٤) بقولها : « إن قرار التعيين ، وإن كان هو المنشئ للمركز القانونى فى هذا الشأن ، وهو مركز تنظيمى عام لا مركز تعاقدى ، وأن رضا الموظف وإن كان لا ينعض ركناً فى إنشاء المراكز العامة ، إلا أنه بطبيعة الحال يلزم لتنفيذ القرار ، فلا يجبر الموظف على قبول الوظيفة العامة » .

ويجدر بنا ، أن ننوه إلى أن الحكم قد صدر بخصوص منازعة تتعلق بأمر التكليف ، وهل للمكلف الحق فى أن يضم مدة التكليف إلى مدة خدمته ؟ وقد أشار الحكم فى هذا الصدد ، بأن رضا الموظف بقبول الوظيفة مستبعد ، ذلك أن التكليف أساساً يقوم على إستبعاد هذا الرضا ، ويصدر جبراً على المملك لضغوط المصلحة العامة (٧٥) .

فالتكليف ، أداة إستثنائية فى وظائف الوزارات ، وله نطاقه القانونى الخاص به ، وينطوى على مساس بحرية المكلف فى العمل ، ولذلك لا يجوز التوسع فيه أو

القرارات لا يشير إشكالا ، أما القرار الفردى الذى أنشأ حقاً فإنه لا يجوز سحبه أو إلغاؤه إلا فى الحالات التى يحددها القانون . أما القرارات الهائلة فإن حرية الإدارة فى سحبها تتقيد بمدى الطعن القضالى ، كما سيجئ تفصيلاً فى موضعه ، فالإدارة هى الجهة صاحبة الولاية فى وضع حد لنفاذ القرار أو إنهائه بالنسبة للمستقبل ، أو بالنسبة للمستقبل والماضى أيضاً ، فهل للأفراد دور فى إنتضاء القرار الإدارى الفردى ؟

المنطق القانونى المجرد يقتضى القول بأن إرادة الأفراد تؤثر فى شأن إنتضاء القرار بدرجة متساوية لدرجة مساهمتهم فى نفاذ تلك القرارات ، ولكن ذهب الفقه والقضاء إلى القول بعكس ذلك .

وقد أثر هذا التساؤل فى شأن تنازل الفرد عن قرار تعيينه فى الوظيفة العامة .

وهل يعد قبول الشخص المعين للوظيفة شرطاً لنفاذ القرار ؟ وهل يعد إمتناعه عن التيسر نقضاً للقرار وزوال آثاره ؟

التنظيمية العامة فى أى وقت حسبما تقتضيه المصلحة العامة وذلك بالنسبة للمستقبل ، وتبقى آثاره قائمة فى الماضى ، على نحو ما سنفصله فى موضعه .

وسجل قضاؤنا الإدارى هذه القاعدة المستقرة فى حكمه الصادر بتاريخ ٤ من مايو ١٩٤٩ (٧٦) وجاء فيه « أن قضاء هذه المحكمة قد إستقر على التفرقة بين القرارات الإدارية التنظيمية العامة وبين القرارات الإدارية الفردية وأنه يجوز للإدارة سحب القرارات التنظيمية العامة سواء بالإلغاء أو التعديل فى أى وقت تشاء حسبما تقتضيه المصلحة العامة » .

وأصبح من المنطوق أن القرارات التنظيمية تخرج عن نطاق تنازل الأفراد وذلك ترتيباً على أن الأفراد ليس لهم دور أو دخل فى إنشائها ، كما أنها فى الأصل لا تنتج حقاً أو مزايًا .

فيما يتصل بالقرارات الفردية : من المسلم به أن القرار الفردى الذى لم يولد حقاً يمكن إلغاؤه كما يمكن سحبها وأن هذا النوع من

نفس المؤلف إلى أن قرار التعيين وإن كان يصدر من جانب الإدارة وحدها ، فيجب أن يقبله الموظف بطبيعة الحال ، وأن قرارات التعيين ، هي قرارات إدارية تصدرها وحدها دون مشاركة من الموظف ، وإن كان من اللازم لنفاذ قرارات التعيين أن يقبلها الموظف صراحة أو ضمناً .

هذا ، ويجب أن يكون القبول لاحقاً على قرار التعيين فلا يسرى بينه وبين الطلبات التي يتقدم بها الأفراد لمتسعين تعيينهم في وظيفة عامة ، أي أن هذه الطلبات لا تعد قبولاً مسبقاً إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة (٨٠) .

ويختلف الحكم في حالة قبول الموظف للوظيفة عن حالة عدم قبوله لها من حيث إنقضاء القرار ويزال آثاره :

في الحالة الأولى : حالة قبوله للتعيين في الوظيفة :

هذه الحالة لا تثير إشكالا ، فمن المسلم به ، أن قرار التعيين ينتج أثره من تاريخ صدوره ، لا من تاريخ قبول المعين في الوظيفة ، أما تسلم الموظف للعمل فهو مجرد واقعة عادية

المعينة في الوظيفة من أنه لا يعدى قبوله لها ، فإذا امتنع عن قبولها فإن أثره ينصرف إلى إهدار القرار بأثر رجعي . وهذا الاتجاه يوافق ما انتهى إليه الفقه الفرنسي والمصري ، من اعتبار قرار التعيين معلقاً على شرط فاسخ ، ويتحقق هذا الشرط بتنقض القرار بأثر رجعي وبصير كأن لم يكن .

مع ملاحظة أن العميد سليمان الطماوى (٧٨) ذهب إلى أن « الأصل في تعيين الموظف ، أن يتم وينتج آثاره بمجرد صدور قرار التعيين لا بقبول الموظف ، وذلك ميثاً أن الوظائف تنشأها القوانين ، فتحدد حقوقها وواجباتها ، بصرف النظر عن شاغلها ، وأما قبول الموظف فليس إلا مجرد خضوع لأحكام الوظيفة Staut des fonctions بحقوقها وواجباتها » .

فقرار التعيين ؛ هو عمل قانوني ، يعتبر بمثابة جواز مرور يدخل الموظف في نطاق نظام قانوني معين يحكمه .

كما قد أشار العميد الطماوى (٧٩) في موضع آخر من

القياس عليه وتبقى القاعدة في هذا الشأن ، وهي عدم إجبار الموظف على قبول الوظيفة العامة ، وله حرية قبولها أو عدم قبولها (٨١) .

وقد فصلت محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ١٩٧٩/١١/٢٢ (٨٢) هذه القاعدة بقولها : « إن التعيين في الوظيفة العامة يعتبر عملية مركبة تتحلل إلى صدور قرار بالتعيين وقبول المعين للوظيفة وتسلمه لأعمال الوظيفة فعلاً ، ويعتبر عدم قبوله الوظيفة شرطاً فاسخاً يسقط قرار التعيين بأثر رجعي من وقت صدوره لنظرية الشرط الفاسخ ، ولما كان قبول الوظيفة عملاً إدارياً له مظهر مادي وهو تسليم الموظف لأعمال الوظيفة وبالتالي تكون واقعة استلام العمل هي الترجمة عن قبوله للتعيين فيها وما يترتب على هذا القبول من سريان قواعد الوظيفة العامة التي تعلق نفاذها في حقه على شرط قبول الوظيفة » .

وفي الحقيقة أن هذا الحكم قد حلل بدقة بالغة عملية التعيين في الوظيفة العامة وتحديد دور الفرد

النهاية تتدخل الإدارة لإنهاء القرار وإزالة آثاره بأثر رجعي .

وقد أخذت محكمتنا الإدارية العليا ، بوسيلة السحب لإنهاء قرار التعيين الذي رفض صاحب المصلحة للتوظيف المعين فيها ، في حكمه بتاريخ ٢٣ من فبراير ١٩٦٥ (٨٤) بقولها :

« إن سحب قرار تعيين المدمى هو إعدام القرار بأثر رجعي ، وإعدام هذا القرار تعتبر صلته بوظيفته منقطعة ، ويعتبر في حكم من يصدر أصلاً قرار بتعيينه . »

المبحث الثالث

نظرة موجزة عن التنازل عن

الدعوى أثناء نظرها أمام القضاء

وعن أحكام القضاء الإداري

إنتهينا عما سبق إلى أن القضاء الإداري المصري قد أقر بشرعية تنازل الفرد عن الحق ، الذي تولد له من القرار الإداري وذلك في الحالات التي تكون فيها موافقة الفرد ضرورية قبل إصدار القرار ، بمعنى ألا يصدر قرار إلا بناء على طلب ذي الشأن ، أو القرارات التي تشترك فيها إرادة ذي الشأن مع إرادة الإدارة ، فتكون موافقة

المدة الباقية لبلوغ سن الستين وفقاً لقانون العاملين المدنيين السائد آنذاك وما يترتب على هذه التسوية من آثار مالية ، فإن رفض المدعى هذا العرض يسقط القرار ، وقد جاء فيه على وجه الخصوص « ... إن عدم قبول الموظف العرض ، يسقط القرار ويصبح غير ذي أثر ، وبالتالي لا يترتب عليه حقوق ولا ينشئ مراكز قانونية ، إذ أن هذا القرار لم يجاوز حد العرض الذي لم يصادف قبولاً من المدمى . »

ورفض الموظف المعين للتوظيف أي يتنازله عن الاستفادة من الحق الذي تولد له من القرار ، يمكن تبريره بأنه تنازل عن الحقوق والواجبات التي تقررت بموجب القرار ، ويشترط أن يتم ذلك بحض إرادته واختياره ولا يعد هذا التصرف من جانبه تنازلاً عن القرار الصادر بتعيينه . وذلك على نحو ما أشرنا في أكثر من موضع إلى أن صاحب المصلحة أجنبى عن القرار في جميع مراحلها منذ بداية نشأتها إلى زواله وإنقضاءه ، ففي البداية يصدر القرار بإرادة الإدارة وحدها ، وفي

لا تولد سوى آثاراً مالية تتعلق بحق الموظف في الحصول على مزايا الوظيفة المادية (٨١) .

وفي الحالة الثانية : حالة رفض قبول المعين للتوظيفة :

ففي هذه الحالة ، أي في حالة عدم قبول الموظف للتوظيفة فإن هذا الرفض يمكن أن يحدث صراحة أو ضمناً (٨٢) . ونتيجة لهذا الموقف يتعين على الإدارة أن تتدخل لإنهاء هذا الوضع الذي نشأ من جراء رفض الموظف التعيين في الوظيفة واتخاذ إجراءات تعيين آخر في الوظيفة الشاغرة التي رفض الموظف التعيين فيها .

ووفقاً لهذا فإن رفض قبول الوظيفة يؤثر بطريقة غير مباشرة في وجود القرار ذاته وإن كان هذا التأثير غير كاف لإنهاء القرار ، بل يتطلب تدخل الإدارة لإنهائه بسحب قرار التعيين وإزالة آثاره القانونية ، واتخاذ إجراءات تعيين جديد في ذات الوظيفة .

وقد أشارت محكمتنا الإدارية العليا (٨٣) إلى حالة قريبة للحالة التي نحن بصدها ، وهي حالة عرض الإحالة إلى المعاش مع ضم

على الكافة ومفاده أن الدعوى بإلغاء قرار إدارى ، هى فى واقع من الأمر إختصاص لذات القرار بحيث إذا إنتقض القرار ، أصبح كأن لم يكن لا بالنسبة إلى طرف الخصومة وحدها بل بالنسبة إلى الكافة (٨٧) .

فحكم الإلغاء بهذه الصورة لا يرد عليه ولا يتصور أن يرد عليه التنازل ، وذلك لتعلق الحكم بذات القرار لا بأطرافه فلا يؤثر فيه تنازل الأطراف ولا يعول على تنازلهم وذلك على خلاف الأحكام الصادرة من المحاكم المدنية ومن محكمة القضاء الإدارى بغير الإلغاء ، فإن الأصل فيها أن حجتها مقصورة على أطرافها وحدهم ، أو بمعنى آخر أن حجيتها نسبية وذلك لأنها تصدر فى صدد دعاوى حقوقية يطالب المدعى فيها بحق ذاتى له (٨٨) .

ومن قبيل الأحكام الأخيرة الأحكام الصادرة برفض دعاوى الإلغاء لاسرى فى شأنها قاعدة الحجية المطلقة التى يحتفظ بها قانون مجلس الدولة للأحكام الصادرة بالإلغاء ، دون غيرها . وعلّة ذلك واضحة لأن الحكم قد

القانونية التى عينها القانون ، ويقتصر مهمة القضاء عندئذ على إثبات ذلك نزولاً على حكم القانون ، دون التصدى للفصل فى أصل النزاع » .

ويستشف من هذا القضاء أن للمدعى أن يتنازل عن دعواه أثناء نظرها أمام القضاء بالترك أو التسليم بطلبات الخصم (المدعى عليه) التى أثارها فى عريضة دعواه ، ومهمة القاضى فى مثل هذه الأحوال تقتصر على إثبات إرادة التنازل دون التصدى للفصل فى أصل النزاع (٨٩) .

المطلب الثانى

التنازل عن حكم الإلغاء

وأحكام غير الإلغاء

أشرنا سلفاً ، إلى أن القانون قد أباح لصحاب الشأن التنازل عن دعواه بترك الخصومة أو تسليمه بطلبات خصمه فى الدعوى وإثبات ذلك فى محضر الجلسة فهل يجوز التنازل عن الحكم الصادر بالإلغاء والحكم بغير الإلغاء ؟

ويجدر بنا أن نشير إلى أن الحكم الصادر بالإلغاء يكون حجة

صاحب الشأن ضرورة لنفاذها بعد إصدارها ، بحيث إذا لم يوافق صاحب الشأن على القرار بعد صدوره فإنه لا ينفذ ومن أمثلة هذا النوع قرارات التعيين فى الوظائف العامة .

وهل يصدق هذا القول على التنازل عن الدعوى أثناء نظرها أمام القضاء وعلى الأحكام الصادرة فى دعوى الإلغاء والدعاوى القضائية الأخرى ؟

سنعرض - فى دراسة هذا الموضوع - إلى المطلبين التاليين :

المطلب الأول

فيما يتعلق بالتنازل عن الدعوى أثناء نظرها

لقد أخذ قضاؤنا الإدارى بقاعدة جواز هذا التنازل وإعتبار الخصومة منتهية وهذا ما أشار إليه فى أحدث أحكامه بتاريخ ١٩٧٩/١/٣ وجاء فيه (٩٠)

« المنازعة الإدارية ولو كانت طعناً بالإلغاء ، قد تنتهى بالترك أو بتسليم المدعى عليه بطلبات المدعى متى توافرت الشروط القانونية المطلوبة ، وينتج الترك أو التسليم أثره فى الحدود

الفصل الرابع

نظرة جديدة في شأن طبيعة علاقة الموظف بالإدارة

تباينت الإجهادات في شأن مسألة النزول عن الحق المتولد عنه القرار الإداري .

فقد تبنى الفقه والقضاء الفرنسي فكرة النزول عن الحق المتولد عنه القرار الإداري في نطاق الوظيفة العامة في الحدود والضوابط المتقدمة .

بينما أنكر الفقه والقضاء في مصر فكرة النزول عن الحق المتولد عن القرار الإداري ، واستبعد هذه الفكرة في نطاق الوظيفة العامة .

وسيق أن أبدينا تسامراً مؤداه هل يجوز للموظف النزول عن تربيته ، أو تعيينه أو القرار الصادر بنقله .

ويتنازع الإجابة عن هذا التساؤل (أيا) :

الرائ الأول : ومؤداه عدم مشروعية التنازل ويقوم هذا الرأي على الأسباب الآتية :

١ أن قرارات الترقية والتعيين وغيرها هي قرارات تتعلق بالمركز

وهو ذلك التنازل الذي يتعلق بدعوى الإلغاء الأمر فيها بالنظام العام الذي على أساسه تبنى الرقابة على مشروعية القرارات الإدارية . كما وأنه يبدو من أقوال المدعى نفسه أن الجهة الإدارية أخذت في اعتبارها هذا التنازل وعاملته على أساسه فلا يجوز له بعد ذلك التنصل منه على أي وجه من الوجوه ما دام قد صدر صحيحاً » .

ونخلص مما تقدم إلى أن التنازل من الدعوى أثناء نظرها أمام القضاء غير ذي أثر ، بل يتعين تدخل القاضي لإثبات هذا التنازل نزولاً على حكم القانون دون أن يتصدى للفصل في أصل الدعوى ، وتعتبر الخصومة منتهية بهذا التنازل . أما فيما يتعلق بحكم الإلغاء ، فإنه لا يرد عليه التنازل لصوره مشمولاً بالجهة المطلقة في مواجهة الكافة ، أما صور الاحكام القضائية الاخرى فحجتها نسبية مقصورة على أطرافها ، فيرد عليها التنازل من قبل أصحاب المصلحة فيها .

يكون صحيحاً بالنسبة للبعض وباطلاً بالنسبة لآخرين ، وكذلك الأحكام الصادرة في قضاء العقود الإدارية ، فهي ذات حجية نسبية لا تتعدى طرفي الخصومة ، ومن ذلك أيضاً الأحكام الصادرة في أفضية التعويض عن القرارات الإدارية غير المشروعة والتي اعتبرها عيب من العيوب المنصوص عليها قانوناً .

وقد ميزت المحكمة الإدارية العليا ، بين التنازل عن الحكم الصادر في دعوى التسوية والتنازل عن الحكم الصادر بالإلغاء ، وأجازت التنازل عن الحكم الصادر في الأولى دون الثانية .

وقد أشارت إلى ذلك في حكمها الصادر في ١٨/٥/١٩٧٥ وجاءت فيه (٨٩) : « إذا كانت الدعوى المتنازل عن الحكم الصادر فيها من دعاوى التسويات فأما كان الرأي القانوني في حقيقة المدعى فإن مثل هذا التنازل جائز قانونياً - ذلك أن الوضع الذي يحظره القانون ويمكن العدول عنه في أي حالة كانت عليها الدعوى

فى نقله للعمل فى أى جهة كانت طبقاً لمقتضيات المصلحة العامة وضماناً لحسن سير المرافق العامة بانتظام وإضطراب» (٩١)

كما أنه ليس صحيحاً ، ما قد تضعه الإدارة من ضوابط الترقية للعاملين .

ولا غرابة فى ذلك ، فإن مشروع القانون فى شأن الوظائف المدنية والقيادية فى الجهاز الإدارى للدولة والقطاع العام ، كما يبين من عنوانه ، ينطبق على طائفتين من العاملين .

الاولى : العاملين بالجهاز الإدارى للدولة .

والثانية : العاملين بالقطاع العام .

وكما هو معلوم ، أن علاقة العاملين بالجهاز الإدارى للدولة ، تختلف على علاقة العاملين بالقطاع العام . فالأولى ، ذات طبيعة لاحتية أو تنظيمية .

والثانية : ذات طبيعة تعاقدية هذا بالإضافة ، إلى أن القانون قد أخذ فى بعض أحكامه بمظاهر العلاقة التعاقدية ، إذ نص فى ١/٢م منه على أن يكون شغل

يوضع ضوابط أخرى للترقية تكون مقصورة على إضافة ضوابط أخرى غير الواردة بها فى حالات الترقية بالاختيار تنفس مع القانون ، ومن ثم فإنه لا يسوغ للسلطة المختصة وضع ضوابط للترقية بالأقدمية وتقتصر الضوابط على النسبة المخصصة للترقية بالإختيار والدرجات التى تكون الترقية إليها بالإختيار كالأولى وما فوقها .

٣- أنه لا يجوز لجهة الإدارة وضع ضوابط للترقية بالإختيار تتعارض مع أحكام الترقية .
كان يتقدم العامل بطلب يوافق فيه على العمل خارج القاهرة ولا تخطئه الإدارة فى الترقية فان هذا الإقرار لا يعتد به ، إذ أن هذا الإقرار بطلب العلاقة بين العامل والحكومة الى علاقة تعاقدية يكون لإرادة العامل دور فيها مع ما فى ذلك من تعارض ومخالفة للمبدأ المقرر من أن العلاقة بينهما هى علاقة لاحتية تحملها القوانين واللوائح التى توجب على جهة الادارة ترقية العامل الذى حل عليه الدور ، مادام قد أستوفى شرائطها . وتدخل فى ذات الوقت السلطة

التنظيمى أو اللاتحى للعاملين الذين تربطهم بالدولة أو المؤسسات العامة علاقات قانونية عامة غير تعاقدية وتنشأ عنها حقوق ذاتية لهم إتصال بحقوق غيرهم من العاملين فى ذات الجهة ، وبالتالي فإنها إذا ما صدرت صحيحة وطبقاً لأحكام القانون لا يجوز المساس بها أو سحبها أو إلغاؤها لما يترتب على ذلك من مخالفة لأحكام القانون الذى ينظم تلك العلاقة أو الرابطة العامة وجعلها متصلة بالنظام العام ولا يجوز ترتيباً على ذلك الخروج عليها أو الإتفاق على مخالفتها حتى لو ترتبت على حقوق تلك القرارات الإقرار بمصلحة العاملين المرقين لأنه من الواضح أن قرار الترقية فى ذاته يعطى العامل ميزة ويرفع فئته ، وبالتالي لا يضره ، وإذا كان القرار يؤدي إلى الإضرار بالعامل ويحرمه من ميزة فى المستقبل فإن ذلك الضرر لا يعتبر متولداً أو ناشئا عن قرار الترقية نفسه . وإنما يحدث بصورة غير مباشرة بسبب تطبيق أحكام قانونية بعيدة عن قرار الترقية (٩٠) .

٢- أن سلطة جهة الادارة

من جهات القضاء الإداري في دعاوى التسوية ، فيجوز التنازل على تنفيذ الحكم الصادر لمصلحته ضد الجهة الإدارية بإعتباره صاحب حق شخصي وله أن يتنازل عن حقه . (٩٢)

٣ - إن إقرار العامل بعدم رغبته في الترقية إلى وظيفة ما نظراً لظروفه الخاصة ، يستهدف تحقيق الصالح العام الذي يعتبر هو الغاية من شغل الوظيفة من سبق إنتدابه للوظيفة التي سيرقى إليها (٩٣) أو ضرورة أن يكون العامل قد قبل القيام بأعمال مدير منطقة بالهيئة العامة للتأمين والمعاشات وأن يكون وفق المدة لهذه المنطقة (٩٤) أو إضافة ضابط مقتضاء ضرورة قبول العامل للقيام بالوظيفة المرسى إليها فإن هذا الضابط يعتبر مخالفاً لأحكام القانون (٩٥) .

هذا بالإضافة الى ما تقدم ، إن الضوابط يجب أن تكون من العمومية والتجريد بحيث لا تقتصر على فئة أو فئات بذواتهم من العاملين دون غيرهم وألا تكون مخالفة لأي حكم من أحكام الترقية بالإختيار بحيث

وفي هذا الصدد يؤثر التنازل في هذه العلاقة ، بقدره وفي حدوده ، دونما تجاوز ، بما يعني تأثير العلاقة اللاتحجية التي تربط الموظف بالإدارة في حدود التنازل فحسب ، وأن تظل هذه العلاقة كما هي عليه محتفظة بطبيعتها وآثارها .

الرای الثاني : (٩٦)

مؤاده شرعية النزول عن الحق المتولد من القرار الإداري ويقوم هذا الرأي على الأسانيد التالية :

١ - أن قرار صاحب الشأن بتنازله عن الحق المتولد عن القرار الإداري (الترقية مثلاً) لا يعتبر ضابطاً أو معياراً قد وضعته جهة الإدارة للترقية بإختيار إذ أن هذا الإقرار لا يعدو أن يكون هو عدم رغبة أو تنازل عن حق من حقوق الموظف ، فله أن يتنازل عنها ، ولو قبل الحصول عليها .

٢ - إن المشرع قد أجاز في قانون المرافعات تنازل الخصم عن الحكم الصادر لمصلحته لأن الحكم كفاءة عامة من شأنه أن يبين حقوق الخصوم التي كانت لهم قبل رفع الدعوى ويقرها ، ويسرى ذلك المبدأ على الأحكام الصادرة

أي من هذه الوظائف (أي الوظائف المدنية القيادية) لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات قابلة للتجديد طبقاً لأحكامه ، كما نصت م ١/٣ . على أن تنتهي مدة تولي الوظائف القيادية بإنقضاء ثلاث سنوات على تاريخ شغل العامل لها ، ما لم يصدر قبل ذلك بثلاثين يوماً على الأقل قرار من السلطة المختصة بالتعيين بتجديدها لمدة أو لمدد أخرى ، وذلك بشرط أن يكون قد حقق شاغل الوظيفة بكفاءة متميزة الاهداف المسئول عن تحقيقها وفقاً لمعايير الأداء المنصوص عليها .

صفوة القول ، أن الأصل أن علاقة الموظف بالإدارة ، لاتحجية أو تنظيمية . ولهذه العلاقة قواعدها والضابط وأهمها قاعدة ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد .

بيد أن النزول عن الحق المتولد عن القرار الإداري وعلى سبيل المثال - الترقية - يؤثر لامحال في العلاقة اللاتحجية بإعتبار أن هذا النزول إقصر من آثار العلاقة التعاقدية في علاقات القانون الخاص .

وإينافي هذا الصدد :

في الواقع أن لكل من الرأيين السابقين أسبابه وحجته وغاياته ، التي يرنسو إليها . وفي مقام الموازنة والترجيح بينهما أمر بالغ الصعوبة . فالرأي الأول يسانده مبدأ قانوني شدا من قبيل السلمات في فقه القانون الإداري ، والثاني يسانده المنطق وبعض الإعتبارات العملية التي تدور وجوداً وعدمياً مع المصلحة العامة التي غاية شغل الوظيفة العامة في ذاتها .

وإزاء هذه الصعوبة ، فإن رأينا يقوم على محاولة التوفيق بين الرأيين السابقين . وبداية أن مناط شغل الوظيفة العامة هي تحقيق المصلحة العامة ، وضمان لحسن سير المرفق العام بانتظام وأضطراب . فإذا تعارضت مصلحة المرافق مع صالح الموظف العام ، فلا خلاف في تغليب المصلحة الأولى على الثانية . بحسبان أن تلك المصلحة هي مصلحة الجميع .

وفي هذا الصدد ، فإذا رغب العامل في النزول عن حقه المتولد من القرار ، بترقيته مثلاً الى

تهدر قاعدة الترقية المنصوص عليها في القانون ذاته وعنصرها الكفاية مع التقيد بالأقدمية في ذات مرتبة الكفاية (١٧) . وينتهى هذا الرأي الى عدم شرعية النزول عن الحق المتولد من القرار الإداري ، للإعتبارات المتقدمة ، فضلاً عن أن الأخذ بوجهة النظر العكسية مؤداء الإخلال بمبدأ العلاقة اللاتعية التي تربط الموظف بالإدارة بما مؤداه إن للعامل دور في تنظيم هذه العلاقة بما يضر بحسن سير المرفق العام بانتظام وأضطراب .

وينتهى هذا الرأي الى شرعية النزول عن الحق المتولد من القرار الإداري على إطلاقه تأسيساً على أن النزول عن الترقية على سبيل المثال هو حق للموظف ، فلا يجوز مصادرة هذا الحق أو وضع قيد عليه . كما أن هذا النزول يبرره المصلحة العامة ، التي هي بنفس القدر الغاية من شغل الوظيفة ، وبالتالي فجبهة الإدارة أن تتخذ من الإجراءات التي تراها مناسبة في هذا الصدد ، فمن الأحسن سير المرفق العام بانتظام وأضطراب .

وظيفة أعلى ، أيا كان الإعتبار ، سواء لعدم قدرته على الوفاء بأعباء الوظيفة ومتطلباتها ، أو مراعاة لطبيعة الوظيفة وظروف أدائها ، أو غير ذلك من الإعتبارات فإنه لا غبار على جهة الإدارة . في هذه الحالة في سحب قرارها بقرار تصدره طبقاً للشروط ووفقاً للأوضاع المقررة قانوناً ، وأن تكون مستهدفة لتحقيق المصلحة العامة . وأن سبيل السحب يستغلق أمام الإدارة إذا على صاحب الحق من نزوله قبل أن يحدد الإدارة موقفها في هذا الصدد أو يعني آخر إن لصاحب المصلحة أن يعدل من تنازله مادام إن الإدارة لم تحدد موقفها بوضوح أو تتخذ مسلكاً إيجابياً حال تنازله ، فإذا بادرت بإتخاذ إجراءات السحب ، فإنه يعتذر عملية الرجوع في تنازله ، وتبقى منطقة الصدول من التنازل محصورة في الفترة من تاريخ تنازله الى وقت تدخل الإدارة بسحب القرار .

وهذا النظر يحقق صالح الموظف نفسه مصالح المرفق ذاته . فالترقية على سبيل المثال لا تعدد أن تكون تعييناً في الوظيفة

الأعلى . ويعترض موافقة من يقع عليه الاختيار للترقية لشغل تلك الوظيفة فلا يكره عليها . فإذا أثر البقاء في وظيفته فلا تترتب عليه في ذلك . إذ أن الترقية لا تعدو حقاً من حقوقه المقررة في قوانين التوظيف .

أما صالح المرقق ، فإن الإدارة بوضعها التروامة على سير المراقب العامة معنية بالدرجة الأولى بضمان سير المرقق العام بانتظام وأخطار ولا يتأني ذلك إلا بإطلاق يدها في إتخاذ القرارات التي تراها مناسبة لتحقيق هذا الهدف فإذا أثر الموظف الذي وقع عليه الاختيار للترقية في البقاء في وظيفته والتنازل عن حقه في هذا الشأن ، فلا تترتب عليها أن سحب هذا القرار وأصدرت قراراً بترقية فمن تتوافر فيه شروط شغل الوظيفة .

ولكن يبقى التساؤل هنا ، هل الإقرار للموظف بالحق في التنازل يغير من طبيعة العلاقة اللاتحجية التي تربطه بالوظيفة ؟

وفي صدد الإجابة عن هذا التساؤل ، يرى البعض « أن الإقرار للموظف بهذا الحق في

التنازل لا يغير من طبيعة العلاقة اللاتحجية التي تربط بالموظيفة ولا مخالفة فيه لما هو مقرر من أن المركز الوظيفي (مجموعة حقوق والتزامات الوظيفة) هو مركز لا تحي تنظمه القوانين واللوائح ، وأنه لا يجوز تعديل أو تغيير مزايا خاصة لبعض الموظفين أو الإنتقاص منها ، فليس في التنازل شيء من ذلك ولا خروج منه على واجبه في أداء أعمال الوظيفة .

أما من وجهة نظرنا ، فهي مخالف للآراء السابق ، ذلك أن الإقرار للموظف بالحق في التنازل يؤثر بلا شك في طبيعة العلاقة اللاتحجية التي تربطه بالإدارة ، إذ إنه وبحسب الأصل أن الإدارة تستند الوظيفة سواء بطريق التعيين أو الترقية إلى الموظف دون استشارته أو أخذ رأيه ، إذا القول بعكس ذلك مؤداه الإخلال بضمان سير المرقق العام بانتظام وأخطار . فالإقرار للموظف بالحق في التنازل من شأنه إلى يؤثر في العلاقة اللاتحجية التي تربط الموظف بالإدارة ، وبهذا التقدر نحسب ، وذلك ليس مؤداه قلب العلاقة اللاتحجية رأساً على عقب ،

أو قبلها إلى علاقة تعاقدية بعدة على نحو ، هو مقرر في علاقات القانون الخاص ، إنما يبقى الأصل أن العلاقة ذات طبيعة لاتحجية ، وتتأثر من حين إلى آخر بظواهر العلاقة التعاقدية ، ولذلك فالجهة الإدارية ترقية من يليه في ترتيب الأقدمية كقاعدة عامة لتحقيق للصالح العام ، إذ أن ترقية العامل حال كونه برفض هذه الترقية يضر بالوظيفة ويجعل أدائه للوظيفة ضعيفاً مما يضر المرقق العام الذي يعمل به .

٤ - أن الترقية لا تعدو أن تكون تعميماً في الوظيفة الأعلى ، فهي وإن كانت تتم بقرار من السلطة المختصة بأجرائها وفقاً للقواعد والضوابط المقررة لها في القانون ، إلا أنها تفترض موافقة من يقع لها الاختيار للترقية لشغل الوظيفة الأعلى ، فلا يكره عليها ، وهي لا تعدو حقاً من حقوقه المقررة في قوانين التوظيف متى أستوفى شرائطها ، فإذا تطلبت شروط شغلها وطبيعة مهامها أن شرطاً لم يتحقق في الموظف أو تحقق فيه وصدق حسباً مؤثراً البقاء في وظيفته ، ولم يكن في ذلك إخلال بحق سير العمل

به ، مما هو في حقيقة الأمر لا يعدو أن يكون شرطاً إشتراطته لشغل الوظيفة وهو تقدم العامل بطلب منه لذلك ، ويحمل التنازل على أن أياها منه بعدم تقديم الطلب ، ولا يصح القول بإجباره على ذلك ولا يعتبر ذلك في شيء تغيراً لطبيعة للعلاقة اللاتجسبة التي تربطه بالوظيفة ولا تعديلات للقواعد المنظمة لها . ومقتضى ذلك أن ينتج التنازل أضره ، فلا يعود له الحق في الطعن في القرار بترقية غيره الى الوظيفة .

الأمر الذي يسؤد بالضرورة الى الجمع بين الطبيعة اللاتجسبة والتعاقدية في نطاق الوظيفة العامة إذا إقتضت الضرورة ذلك والإعتبارات عملية بحثة وعلى التفصيل السابق .

الذاتي الخاص بشغل الوظيفة الأعلى بطريق الترقية وبحسب الأصل ، فالأقرار له بهذا الحق في التنازل ، لا مخالفة فيه لما هو مقدر في أن المركز الوظيفي (مجموعة حقوق والتزاماته الوظيفية) هو مركز لا تحي تنظيمه القوانين واللوائح ، وأنه لا يجوز تعديله أو مخالفته بـ تقرير مزايها خاصة ببعض الموظفين أو الا تنقاص منها - فليس في التنازل شيء من ذلك ولا خروج به على واجبه في أداء أعمال الوظيفة ، حين تقضى نقله الى جهة غير التي يحمل بها ، مادامت الإدارة قد قدرت أنه ليس في ذلك أخلال بمصلحة المرفق وحق سير العمل به ، وهو تقدير يوافق ما تطلبته هي ، ابتداء مما يفترض رضا الموظف

ونظمه ، فلا على الإدارة ان إستجابت لذلك ، ووقت الراغبين فيها دورته ، وشأن هذه الحالة شأن إشتراط اجراء امتحان للترقية أو دورة تدريبية مسابقة عليها ، فلا يختلف النظر في أثر عدم تقدم الموظف للامتحان أو الدورة ، من حيث تخلف الشرط وصحة ترقية المتقدمين للإمتحان أو الدورة دون من لم يتقدموا أو الناجحين دون من لم يوفقوا . ثم إنه إذا كان للموظف في حال عدم ترقبته مع ترقبته مع عدم صحة ذلك أن يسلك سبيل الطعن في القرار بتخطية بالإلقاء ، ثم يعدل عن طلبه أو يتنازل عن الحكم بإلغاء القرار لصالحه والحق الثابت له بمقتضاء وله ابتداء ، أن يسقط حقه في هذا الطلب فهو تنازل عن حقه في الحصول على المركز

العدل ...

العدل جنة المظلوم ، وجحيم الظالم .

امير المؤمنين عمر بن الخطاب

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

- (١) سليمان الطماوي ، إلهويز في القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، ١٩٨٩ ، ص ٤٧٣ وما تلاها .
- (٢) طعن رقم ٢/١٩٥ ، جلسة ١٩٥٦/١١/٢٠ ، وطعن رقم ١٧٤٩/٧٧ ، جلسة ١٩٦٥/٥/١ منشورات الموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء التاسع عشر ، ص ٢٤٨ وص ٣٥٣ على التوالي . وفي هذا المعنى طعن رقم ٩٢٣/٩٧ ، جلسة ١٩٧١/٣/٢٨ منشور بالموسوعة للشار إليها ، الجزء الثاني عشر ، ص ٢٦٣
- (٣) راجع تقرير مفوض الحكومة Long في تعليقه على حكم المجلس في قضية Ville de Nice بتاريخ ١٩٥٦/٤/٢ ، منشور بمجلة القانون العام الفرنسية ١٩٥٧ ص ٥٧٥ Blumann (Claude) : La renonciation en Droit administratif : Fraçais Thère Pollier 1974 p. 112
- (٤) والتنازل في فقه القانون الخاص ، هو تصرف تام ومنجز وذلك بأصاال الإدارة المنفردة للمتنازل ، وأنه لا يتوقف على قبول شخص آخر راجع Grammatikas رسالته في « النظرية العامة للتنازل في القانون المدني الفرنسي » باريس - ١٩٧٠ ص ٨١ .
- (٥) أبر شادي الإدارية العليا ، ق ١٠٥٩ ل ٧ جلسة ١٩٦٣/٥/٢٥ ، الجزء الثالث ص ١٣٥١ ، أبر شادي . الدعوى والتشريع ، ق ٨٢٥/٦/٢٩٦٧ الجزء الثالث ص ٢٦٨ وما تلاها . القضاء الإداري ق ٣٢٤ ل ٢٨ جلسة ١٩٧٨/١١/١٩ ص ٣٣ ق الطعن المقام من خليل شغرد خليل ضد وزير العدل وآخر (غير منشور) . وأيضاً هورير موجز القانون الإداري والقانون العام ١٩٧٧ ص ٣٥٧ .
- (٦) Chaperou La Participation a L'elaboration de l'acte adm . unilateral p112 , 117 . Depuis, Suria Format laprocedure de l. acte adm . etudescoordonneesparis 1979
- (٧) راجع القضاء الإداري ، ق ٧٣٤ ل ٣٢ جلسة ١٩٧٩/٣/٢٤ في الطعن المرفوع من أحمد ماهر نقل ضد وزير استصلاح الأراضي وآخرين (غير منشور) .
- (٨) C.E.F. 20 Fev . 1924 , P.194 .
- (٩) C.E. 28 Mars 1930 , P. 361 .
- (١٠) C.E . 19 Nov . 1954 Casanova " Table " P . 811 R.D.P. 1955 P. 223
- (١١) C.E. 5 Juillet 1957 , p . 402
- (١٢) راجع تقرير مفوض الحكومة Tricot في قضية M.Anglade مجموعة سيوري ١٩٥٧ ص ٤٠٢ .
- (١٣) راجع Basset رسالته السابقة ص ٩٩ .
- (١٤) راجع Basset رسالته السابقة ص ١٣٣ . هامش (١)
- (١٥) C.E 25 mara 1960 Auge p. 220
- (١٦) ونشير إلى الفقرة المشار إليها بالمتعلقة بشروط سحب القرار فيما

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

يتمتع بتنازل صاحب الشأن عن الحق الذي تولد له وجاء فيها :

"...il nest pas constate que le decret 27 Fevrier 1956 , netant entache daucune illegalite qu ilavaitaincreedes droits au profit du requerant qu il n aurait par suite pu etre legalement rapporte qu au cas eut renonce aux droits qu il tenait du dit decret

C.E. 24 fev . 1967 De Misitre A.J.D.A. 1967 . P. 343 Note(١٧)

peiser . J.C.P 1967 No . 15068 concl Rigaud .

C.E. 14 mai 1954 Clavel , R.D.P. Apartir de quelle date un (١١)

acte administrati prodit - il ses effets . p 801 ets . note waline .

(١٩) ويجدر بنا ، التنويه إلى ان هناك farka بين تاريخ إنتاج القرار لأثاره وبين

ميعاد الطعن بالإلغاء ، فالقرارات تنتج آثارها اعتباراً من تاريخ صدورها ، أما في شأن

الطعن في القرارات الإدارية بالإلغاء ، فتسرى مواعيد الطعن اعتباراً من تاريخ نشرها

أو إعلانها للأفراد راجع أورد القضاء الإداري ، ١٩٦٥ - ١٩٦٦ ص ٧٤٠

C.E. 19 des 1952 . Delle Mottel S 1953 . 38 . Geza , 1963 (٢٠)

p. 109

Le dcisions Portant nomination ou pxomation . prccrisent (٢١)

V.C. E 6 Mai 1956 . R.D.p. 1956 . P. 1130 (٢٢)

(٢٣) راجع BASSET ورسالته السابقة ص ١٣٣ هامش ١ .

(٢٤) راجع بلومان ، ورسالته السابقة ، ص ١١٤ ، وقد قضت محكمة القضاء

الإداري في حكمها في الطعن ٢٩٨ ل ٦ جلسة ١٩٥٣/١٧/١٦ ، بأن المعاش ليس حقاً

مقررأ لكل موظف بل هو ميزة يرتبها القانون .

C.E. 9 Jan . 1953 p.5 . (٢٥)

"N. est etait susceptible - de porter atteinte ni aux droits (٢٦).

acquis du requerant ni a ceux des tires " la Documentation Fran-

caise Jurisp udence du Conseil dEtat , principales dcisions 1973

- 1974 , p.27 .

C.E. 2 mars 1966, Rec, p.165. (٢٧)

Note peiser , A.J.D.A. . 1967 , p. 342 (٢٨)

(٢٩) راجع بلومان . ص ١١٥

(٣٠) راجع بلومان ورسالته السابقة ، ص ١١٨ .

(٣١) راجع بلومان ، ورسالته السابقة ص ١١٩ .

(٣٢) بلومان . ورسالته السابقة ص ١١٩ .

(٣٣) راجع Muzellec ورسالته السابقة ص ٢٤١ ، وذهب إلى ، أن القضاء قد

إستبعد تطبيق قاعدة عدم سحب القرار الفردي السليم والمنشئ للحق ، في حالة تنازل

صاحب الشأن عن الحق الذي تولد له من القرار .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(٣٤) راجع أيضاً .

C.E. 29 nov 1974 . Barras . Barras . R.D.P 1975 . Retrait dun acte suis sur la demande de l'interesse . p . 112 - 1128 . note walinc .

V.C.E. 28 mars 1930 Sieur Bolelli , 361 " general a pule- (٣٥)

galemnt de rapporter la nomination

V. egalemnt Rongere (pienette) . Le procede lacte type , 1966 panis p. 207

ROLLAND, precis de doit' adm 1947 6 ed 2. 52, R.D.p (٣٦)

1948 . 103 LAUBADERE Droit adm 1063 9ed .p.562

وأيضاً د . هيد التادار خليل رسالته ، نظرية سحب القرارات الإدارية القاهرة ١٩٦٤ ص ٣٩٠ .

v.C.E. 2mars , 1966 Rec, p.165. (٣٧)

(٣٨) راجع لإدارية العليا ، الطعن رقم ٣٤ ل ٢٠ جلسة ١١ من فبراير ١٩٧٨

من ٢٣ ، في الطعن المقام من سمعان لبرت فيكونز وآخرين ضد وزارة الصناعة وآخرين (غير منشور) .

V.C.E. fev 1924 . Rec . R 194 . 28 Mars 1930 . Bolelli Rec (٣٩)

. P. 220

C.E. 25 Mare 1960. 20 . 23 janv 1976 . francois . p. 53 el s(٤٠)

(٤١) راجع جبرو ، مقاله بعنوان « سلطة الإدارة التقديرية » المنشور في المجلة العامة للإدارة سنة ١٩٦٤ الجزء الثالث ص ٩ وما تلاها .

(٤٢) راجع د . كامل لبلبة الرقابة على أعمال الإدارة (الرقابة القضائية)

١٩٧٠ طبعة بيروت ص ٦٤ د . عصام عبد الوهاب البرزنجي رسالة بعنوان السلطة التقديرية والرقابة القضائية ، القاهرة ، ١٩٧١ ص ١٠٠ . راجع قالاين ، مبادئ القانون الإداري الطبعة السادسة ١٩٥١ ، ص ١٣٤ .

(٤٣) راجع د . سليمان الطماوى نظرية التنصيف فى أستعمال السلطة (الانحراف بالسلطة) دراسة مقارنة الطبعة الثانية ١٩٦٦ ص ٧٣ وما تلاها ، وأيضاً مقاله بعنوان

ذ السلطة التقديرية والسلطة المقتدة « مجلة الحقوق ص ٤ عدد يناير ١٩٥٠ ص ٩٧ وما بعدها د . فؤاد مهنا ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، القاهرة ١٩٧٣ ص ٧٨٤

وأيضاً راجع رسالة د . محمد حسن فى السلطة التقديرية ١٩٧٤ . ص ٥١ وما تلاها

حيث إنتهى فى تعريف السلطة التقديرية إلى أنها الحرية التى تترك للإدارة لتقدير مناسبة الإجراء السبب وميزته أنه يشير إلى ممكن هذه السلطة بين عناصر القرار الإداري

فى الأحوال العادية راجع دلويدير ، مبادئ القانون الإداري ، طبعة السادسة ١٩٧٣ ص ٢٦٠ حيث وصف السلطة التقديرية بأنها حرية الإدارة فى إصدار هذا الإجراء أو ذاك وفى إختيار الحل المناسب من بين تلك الحلول . وأيضاً مؤلفه طبعة ١٩٥١ ص ٧٢١ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

- (٤٤) راجع قالين ، مقاله بعنوان « سلطة الإدارة التقديرية وحدودها » منشور بـمجلة القانون العام ١٩٣٠ ص ١٩٧ ص ٢٢٣ .
- (٤٥) راجع د . الطماوى . المرجع السابق ، ص ٧٤ .
- (٤٦) سبقت الإشارة إليه ، وراجع أيضاً . C.E.4dec 1953 Sarra . A.I.D.A 1953. II.p.52
- (٤٧) راجع حكم المجلس فى قضية desfour (سبقت الإشارة اليه)
- (٤٨) عبارة الحكم المشار إليها فى المتن تجرى على النحو التالى :
Le ministre conservait ... la faculte de rapporter Sil le jugeait appartun dite decision
- ويذهب د . همد الحميد حشيش إلى « أنه يتربط على تحديد إختاء العلاقة الوظيفية بصنوبر القرار وقيل إبقاء المعين بقبوله بعض النتائج التى قد تسبب الإضرار بالموظف ، إذ أنه يكون محلاً للإجراءات القانونية والمطالبات القضائية المترتبة على صفة الموظف العام ، ولا يخص هذا بأن فى مكتبه أن يتخلص من كل هذه النتائج برفض التعيين فتسلط عنه صفة الموظف العام بأثر رجعى ، إذ أننا بذلك قد نكرهه على التخلي عن وظيفته ، ودعياً يكون رغباً فيها ومحتاجاً إليها ، وفى حالة عدم الرفض ، فإننا نحمله تبعاتها والتزاماتها عن فترة قد تكون سابقة على علمه بقرار التعيين » (راجع مؤلفه فى دراسات الوظيفة العامة فى النظام الفرنسى . ١٩٧٧ : الطبعة الأولى ص ٧٦)
- هذا هو ما أشار إليه قضاؤنا الإدارى فى حكمة بتاريخ ١٩٨٠/٥/٢٠ بقوله : « إن العبرة فى بدء العلاقة الوظيفية هو بتاريخ القرار الصادر بالتعيين والمنعج لأثره من وقت صدوره حتى صدر هذا القرار منجزاً أو من التاريخ الذى أسند التعيين إليه » .
- القضاء الإدارى ، ق ٧٠٦ ل ٣٧ ل جلسة ١٩٨٠/٥/٢٠ ص ٣٤ . فى الطعن المقام ماهر حنا ترويضوس ضد رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للتأمين والمعاشات (غير منشور)
- (٤٩) راجع تقرير مفوض الحكومة Tricot ، السابق الإشارة إليه ص ٤٠٧ .
- (٥٠) C.E. julli 1967. Ecole privee de filles de prodellies .
- er-ministre d education. R.D.D. 1968. p. 187 . concl . M. Bnard .
- (٥١) Note peiser, A.I.D.A 1967 p.343 ets .
- (٥٢) راجع أودن ، المرجع السابق القضاء الإدارى الجزء الثانى ، طبعة ١٩٦٥ - ١٩٦٦ ، ص ٧٣٧ .
- (٥٣) راجع Tricot تقريره السابق ص ٤٠٢ ، وما تلاها . عكس ذلك ذهب اللقبى (Beziers M. H.) فى رسالته La notian de fonctionnaire public cn droit francais ١٩٤٦ ص ٩١ إلى القول بأن الوظيفة الشرعية تمنح الشخص بعض الزايبا والمظاهر المعنية منها إرتداء جلة معينة والإشتراك فى الإحتفالات الشريفة وحضور بعض جلسات المجالس دون إسداء رأى غير الجلسة

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

Sans voux deliberative ، وإنتهى إلى أن الموظف الشرعى لا يعتبر موظفاً عاماً ، ورتب على ذلك نتيجة مؤداها ، أن سحب قرار إسناد الوظيفة الشرفية لا يعد بمثابة جزاء تأديبي ، بالجمعية فإن الضمانات المقررة فى هذا الخصوص وصفة خاصة الإطلاع على الملف ، ليس من الواجب مراعاتها ، ولا يترتب على إغفالها بطلان القرار .
V.P. Malaurie encyclopede Dalloz . droit civil (٥٤)
nonclation, p. 524 no 79 . etc

C.E. 8 avril 1961, Rec, p 220 (٥٥)

(٥٦) راجع بلومان ، رسائله السابقة ، ص. ١٢٨

(٥٧) راجع بلومان رسائله السابقة ص ١٢٩ .

(٥٨) حكم المجلس ق ١٣ من يوليو ١٩٦٧ (سبقت الإشارة إليه) . وأيضاً .

C.E. 2juin 1933 , Ruez. S. 1934. 3.22

C.E. 28 Janv 1972, R.D.P. 1972. P.1531 (٥٩)

(٦٠) راجع على سبيل المثال : القضاء الإدارى ق ١٠٩/٥هـ جلسة

١٩٥٣/١/١٩ ص ٣٨، ق ١٤٤ ل ٦ فى جلسة ١٧/١٧/١٩٥٣ ص ٧ ص ١٦٢٦

(٦١) راجع على سبيل المثال القضاء الإدارى ق ٣٨ ل ٦ جلسة ٢٢/٢/١٩٥٤

س ٨ ص ٧٥٥ .

(٦٢) يراجع أستاذنا الدكتور سليمان الطماوى ، الوجيز فى القانون الإدارى

١٩٧٤ ص ٨٤٥ ، وأيضاً مؤلفه الوجيز فى القانون الإدارى طبعه ١٩٧٢ ص ٤٣٦

فتوى الجمعية رقم ٢٣٥/٤/٨٦ فى ٢٣/٣/١٩٦٢ .

(٦٣) راجع القضاء الإدارى ق ٤٤٨ ل ٦ قضائية جلسة ٧/٣/١٩٥٤

س ٨ ص ٨٦٣ ، ق ٨٠٨ هـ جلسة ١٩ من يناير سنة ١٩٥٣ ص ٧ ص ٣٣٦ ، مبدأ

مستمر ، راجع القضاء الإدارى ق ١٤٠٩ ل ٣١ جلسة ٢٠/٢/١٩٧٩ ، س ٢٤ فى

الظمن المقام من عبد السلام موسى محمد ضد وزير الإعلام والثقافة وآخر (غير

منشور) .

(٦٤) س ٨ ص ٧٥٥ (سبقت الإشارة إليه) .

(٦٥) راجع القضاء الإدارى ق ١٩٩ ل ٣٢ جلسة ٢٠/٢/١٩٧٩ ص ٣٣ ، فى

الظمن المقام من عزيز نجيب بسطورس ضد كل من وزير الاقتصاد والتعاون الإقتصادى

والنائب العام (غير منشور) .

(٦٦) راجع القضاء الإدارى ٩٤٤ ل ٦ جلسة ١٥/٤/١٩٥٣ ص ٧ ص ٩١٢

وأيضاً ق ١٠١٣ ل ٥ جلسة ١٩/٦/١٩٥٢ . س ٦ ص ١٢٣٧ وأيضاً راجع سير

صادق مؤلفه السابق بند ٧٩ .

(٦٧) راجع القضاء الإدارى القضية رقم ١٠١٣ ل ٥ جلسة ١٩/٦/١٩٥٢ ص ٦

ص ٢٣٧ . ق ٦٧٣٤ فى جلسة ١٥/٤/٥٣ ص ٧ ص ٩١٠ .

(٦٨) القضاء الإدارى (الدائرة الاستئنافية) ق ١٢٥٨ ل ٤ جلسة

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

١٩٧٣/٢/٢١ من ٤ في الطعن المرفوع من خلال شحاته ضد وزارة النقل والمواصلات (غير منشور)

(٦٩) راجع القضاء الإداري ٢٧٣ ل ٤ جلسة ١٩٥١/٥/٢٤ من ٦ ص ٩٦٢ .
(٧٠) راجع القضاء الإداري ق ٧١٧ الصادر بتاريخ ١٦ من يناير ١٩٦٧
المجموعة في ثلاث سنوات من أكتوبر ٦٦ إلى آخر سبتمبر ١٩٦٩ ص ٤٩ .
(٧١) راجع مجموعة الفتوى والتشريع . فتوى رقم ٧٦٢٤ في ١٩٥١ . ص ٥/٤
ص ١٠٩٧ .

راجع في ذلك أيضا حكم محكمة ٢٣٢ القضاء الإداري بتاريخ ١٩٥٠/١١/٢٢
ص ٤٠٦.

(٧٢) راجع د . عثمان خليل . مجلس الدولة ص ٢٣٢ .
(٧٣) راجع القضاء الإداري القضية رقم ٦٧٢ ل ٢ جلسة ٤ من مايو ١٩٤٩
ص ٣ ص ٧١٥ وأيضا ق ٤٢٤ ل ٣ جلسة ١٩٥١/١/١١ ص ٥ ص ٤٢١ . ق
١٤٥٩٥ ل ٨ ص ١٠ ص ٢٣١ . مبدأ مستمر ، القضاء الإداري ق ١٤٠٩ ل ٣١
جلسة ١٩٧٩/٢/٢٠ ص ٣٤ (سبقت الإشارة إليه) .

(٧٤) راجع ، الإدارية العليا ، القضية رقم ٧٠٩ جلسة ١٩٥٩/١٢/١٢ ص ٥
ص ٩٤ .

(٧٥) إن الفقرة الثانية من المادة ١٣ من الدستور تنص : « بأنه لا يجوز فرض
أى عمل جبراً على المواطن إلا بمقتضى قانون ولأداء خدمة عامة ومقابل عادل ، وعلى
هذا فإنه إذا رُوى تكليف خروجه كلية معينة بالعمل في الحكومة فترة محددة فإنه يتعين
استصدار قانون بذلك » .

راجع مجموعة المبادئ التي قررها قسم التشريع في خمس سنوات من أول أكتوبر
لسنة ١٩٧٠ إلى آخر سبتمبر ١٩٧٥ (ملف رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٧٢ جلسة
١٩٧٢/١١/١٤ مبدأ ١٤١ ص ٨١ .

(٧٦) راجع الإدارية العليا ، ق ٨٨٣ ل ٢٣ جلسة ١٩٧٩/٢/١٧ مبدأ ٦٨
٢٤ طعن مرفوع من فتحة محمد الليثي ضد وزير الإسكان والتعمير وآخرين (غير
منشور) .

(٧٧) راجع القضاء الإداري ق ٢١٠٩ ل ٢٢ جلسة ١٩٧٩/١١/٢٢ ص ٣٤ .
طعن مرفوع من كمال سليمان عرف الدين ضد رئيس مجلس الدولة ووزير العدل ورئيس
الجمهورية (غير منشور) .

(٧٨) راجع العميد سليمان الطماوى . الراجز في القانون الإداري ١٩٧٤ ص
٤٨٢ . ومن هذا الرأي د . توفيق شحاته .

(٧٩) راجع العميد سليمان الطماوى المؤلف السابق ص ٩٨٤ .

(٨٠) راجع د . عبد الحميد حشيش ، في مؤلفه دراسات في الوظيفة العامة في
القانون الفرنسى ، الطبعة الأول ١٩٧٧ ص ٧٨ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(٨١) راجع القضاء الإداري ق ١٤٣ ل ٢٧ جلسة ١٩٧٩/٢/٢٧ من ٣٣ ، في الطعن المقدم من رياض عبد الصمد إبراهيم ضد تعقيب المحامين (غير منشور) حيث قضت : « بأن كافة الآثار القانونية في الوظيفة العامة تترتب على قرار التعيين ، أما تسلم العمل فإنه لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية يقتصر أثرها على إستحقاق العامل لمرتبة » .

Eisennann . cours de droit administratif (٨٧)
1956 - 1957. P 59. 63

راجع القضاء الإداري ، ق ٢٣٢ لسنة ٤ ، جلسة ٢٢ من نوفمبر ١٩٥٠ ، ص ٥ . حيث قضت : « بإلغاء قرار السحب اللاحق على قرار التعيين ، الذي يقتضاه تم وضع المدعى في درجة أقل بعد فوات ميعاد سحب قرار التعيين »
(٨٣) راجع أبو شادي ، الإدارة العليا ، ق ١٢٥٩ ل ٧ جلسة ٢٣ من فبراير ١٩٦٥ الجزء الأول ص ٣٧٣ .

وفي هذا المعنى ، محكمة القضاء الإداري ، ق ٢١٠١ ل ٣٢ جلسة ١٩٧٩/١١/٢٢ ص ٣٤ (حكم غير منشور) .
(٨٤) سبقت الإشارة إليه .

(٨٥) القضاء الإداري الإسكندرية ق ٢٢٤ ل ٢٨ جلسة ١٩٧٩/١/٣ من ٣٢ في الطعن المرفوع من الأنصارى قطب على جويلي ضد وزير التربية والتعليم وآخر (غير منشور) حيث قضت المحكمة بقولها « من حيث أن المنازعات الإدارية لا تخرج عن كونها خصومة قضائية مناهضة قيام النزاع الذي هو جوهرها واستمراره بين طرفيها ومن ثم فإنها قد تنتهي بالتنازل ذلك أن الخصومة أيا كانت تتوقف نفاذها على إصرار وألغها على متابعتها إذا تنازل عنها فلا يملك القاضي سوى إثبات هذا التنازل » وأيضاً نفس الدائرة ق ٥٢ ل ٣٢ جلسة ١٩٧٨/١١/١ في الطعن المرفوع من صبحي خليل محمد ضد وزارة التكوين (غير منشور) وأيضاً محكمة القضاء الإداري الدائرة الاستئنافية (السنة الثانية الطعن المقيد برقم ١٣٩٧ ل ٢ ق جلسة ١٩ من مايو ١٩٧١ منشور بمجلة قضايا الحكومة ، ص ١٦ عدد أكتوبر ص ١٤٥١ .

(٨٦) راجع القضاء الإداري (الدائرة الاستئنافية) ق ٣٥ ل ١ جلسة ١٩٨٠/١/١٦ ص ١١ ، في الطعن المرفوع من محمد علي توفيق ضد وزارة الزراعة (غير منشور) ، وأيضاً نفس الدائرة وذات المجموعة ، ق ٢٧٩ ل ١٠ جلسة ١٩٨٠/١/١٦ ص ١١ في الطعن المرفوع من عبد الرحيم أحمد إبراهيم ضد رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للسكك الحديدية (غير منشور) .

(٨٧) راجع القضاء الإداري ، ق ١٩٣٤ ل ٢٦ جلسته ١٩٧٩/١١/١٨ من ٣٣ في الطعن المقام من عبد الله سلام ضد رئيس الجمهورية وآخر (غير منشور) .

(٨٨) راجع مجلة إدارة قضايا الحكومة العدد الرابع السنة السادسة عشرة عدد أكتوبر ديسمبر ١٩٧٢ ، ص ١١٣٤ وماتلأها ، د . مصطفى أبو زيد المراجع السابق

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

ص ٧٧٧ راجع أيضا ، القضاء الإداري ، ٢٩٦ ل ٤ جلسة ٢٣ من مايو ١٩٥١ ص ٥ ٩٦١ .

راجع مقال المستشار حسين أبو زيد ، حكم الإلغاء حجته وآثاره وتنفيذه ، مجلة مجلس الدولة السنة الثانية ص ١٦٢ .

راجع أيضا ، د . حسن بغدادى ، مقاله نطاق الطعن بالإلغاء وأفتتاح مبعاده ، مجلة مجلس الدولة ص ٢ يناير ١٩٥٢ ص ٩٠ ص ٩٤ - ١١٧ وخاصة ص ١٠٣ .

راجع أيضا القضاء الإداري الفائرة الاستثنائية ، ق ١٨ ل ٨ جلسة ٩٨٠/٤/٣٠ ص ١١ ، فى الطعن المقام من رئيس هيئة مفوضى الدولة عن الحكم الصادر من المحكمة الإدارية لوزارة الصحة بجلسته ٢٢ من نوفمبر ١٩٧٥ فى الدعوى رقم ٨ ل ٢٢ المقامة من إبراهيم محمد هاشم ضد وزيرة الشئون الاجتماعية بصفتها (غير منشور) .

(٨٩) راجع الإدارية العليا ، ق ١٣٩٦ ل ١٤ جلسة ١٩٧٥/٥/١٨ ص ٢٠ ص

٤٠١ وما تلاها ، وفى هذا المعنى القضاء الإداري . فى محكمة بتاريخ ١٩٦٠/٤/٢٨ ص ١٤ ص ٤٨ وجاء فيه : « أنه لا اعتداد بما دفعت به الإدارة من تبازل المدعى من الفرق بين مرتبه القانوني ومرتبه التقاعدى ذلك أن هذا التنازل الذى ينكره المدعى لو صح فإنه لا يغير من الأمر شيئا ما دام ينصب على حالة معينة وهى حالة حصول تصفية الحقوق التقاعدية وهو شرط لم يكن ليتحقق بعد أن أتيح للمدعى تسوية وضعه بالإلغاء قرار بحالته على التقاعد ... »

(٩٠) فعوى اللجنة الثالثة رقم " ١٦٠٧ " بتاريخ ١٩٧٤/٧/٢٢ ، ملف ٢١/٦/٢٢ ، بجلسته ١٩٧٤/٧/٩ ، منشور بمجموعة المبادئ القانونية التى تقررتها لجان القسم الاستشاري للسنوات من أول أكتوبر سنة ١٩٧٣ الى ١٩٧٦/٩/٢٠ ، ص ١١ . (٩١) " الادارية العليا ، الطعن رقم " ١٦٧٧ " ق جلسة ١٩٨٣/٤/٣ ، ص ٢٨ - ٦٣١ " وما تلاها .

(٩٢) فتوى الجمعية العمومية ، بجلسته ١٩٨٩/١/٤ . (٩٣) فى هذا المعنى ، الادارية العليا ، الطعن رقم " ١٧/٣٤٤ " ق . جلسة ١٩٧٣/٧/٢٣ ، والطعن رقم " ١٤/١٣٩٦ " ق ، جلسة ١٩٧٥/٥/١٨ ، والطعن رقم ٨/١٤٥٣ ق جلسة ١٩٦٧/١٠/٢٢ .

(٩٤) الادارية العليا ، الطعن رقم ٢٨/٣٣٨ ق ، جلسة ١٩٨٣/٤/١٧ . (٩٥) الادارية العليا ، الطعن رقم ٢٨/١٧٠٨ ق ، جلسة ١٩٨٤/٥/١٣ . (٩٦) الادارية العليا ، الطعن رقم رقم ٢٨/ ٦٢٨ ق ، جلسة ١٩٨٥/١/١٣ . (٩٧) الادارية العليا ، الطعن رقم ٢٨/ ١٤٠٥ ق ، جلسة ١٩٨٤/٢/٥ .

الصداق بين الفقه والقانون

السيد الأستاذ
خالد شهاب
المحامى

تقديم

لما كان المال عصب الحياة ،
وشريان الحركة والنبض فى
المجتمع وبه يتخذ الإنسان
مكانته فى المجتمع ، وبه
يستطيع أن يكسب محبة الناس
وتقديرهم حثنا كتاب الله على
حفظه كما فى آية الدين ، فقد
أمرنا الله بالإشهاد والكتابة
عند التدين ، وأباح لنا الإسلام
الحنيف البيع والشراء فى سبيل
الوصول إليه ، ونهى عن التبذير
وأخبرنا الله فى كتابه العزيز إن
المبذرين إخوان الشياطين وسوف
يسألنا الله من أين إكتسبنا المال
وفصم أنفقتاه .. ونظراً لأن المال
غالب على النفوس ، فقد شرع
المهر للزوجات تقديراً لهن
وإشعاراً بأنهن موضع حب
الأزواج ورعايتهم ، فوجسب
تقديم المهر للزوجة عند إقترانها
بالرجل .

هامة (١) لماذا سمي صداقاً ؟

سمى المال المدفوع لهن
صداقاً ، وهو مشتق من صدق
الزوج فى رغبته فى الزواج من
المرأة ، ولما كان يضع المرأة
غالباً عليها ، شرع المهر
تطيّباً لحاظرها ، وإشعار
للزوج بأن المرأة غالية ولا يجلب
الغالى إلا مثله . فلو كانت
المرأة بلا مهر فربما كان ذلك
إمتناناً لها وحظاً من قدرها ،
فينظر الرجل إلى المرأة بعين
الإحتكار ، فلا تحسن العشرة
بينهما ، ولا يود الحب والوثام
وقالوا قديماً " ما هان مدخاله
هان مخراجه " أى ما ضاق
طريق إصابته يهون فى الأعين
، فهون إمساكه ، ومن هانت
فى عين الزوج ، لحقتها الوحشة
واللذلة . (١)

هامة (٢) تعريف الصداق فى
اللغة والفقه والقانون :

هو بفتح الصاد وكسرهما
مهر المرأة فهو مصدر أصدق

يقال أصدق الأئنة ، أى عين لها
صداقاً وجمعه أصدقه وصدق .

وإن عرفنا إن الصداق هو
مهر المرأة فإن لهذا المهر أسماء
كثيرة . فسمى " صدقة "
و " صداقاً " و " نحلة " لقوله
تعالى :

" وآتوا النساء صدقاتهن
نحلة " الآية ٤ من سورة النساء
وسمى " فريضة " لقوله تعالى "
وقد فرضتم لهن فريضة " الآية
٢٣٧ من سورة البقرة وسمى "
أجراً " لقوله تعالى :-

" فآتوهن أجورهن " الآية
٢٤ من سورة النساء . وسمى "
مهرأ " لقول رسول الله صلى
الله عليه وسلم : " قلها المهر "
وسمى " عقدأ " لقول عمر رضى
الله عنه : " ولها عقد نساها "
وسمى " طولأ " لقوله تعالى :
ومن لم يستطع منكم طولأ أن
ينكح المحصنات "
وسمى " حياء " لقوله رسول
الله عليه السلام :

إلا إننا مع تعريف آخر نرى : بأنه ما تعطاه الزوجة من مال ومنفعة بسبب النكاح " وهذا التعريف شامل مانع ، إما إنه شامل فلائنه يشمل ما إذا كان الصداق مالا أو منفعة ، وإما إنه مانع فلا يمنع كل الاعتراضات الواردة على غيره ، ولا يخرج عنه شيء من أفرادها (٥)

تعريف الصداق قضاءً :

وقد عرف القضاء في مصر الصداق عدة تعريفات ، تعرف منها البعض لشمولها التعريفات الأخرى ، ففي حكم محكمة ملوى الجزئية للأحوال الشخصية ، نصت على أن " نص الفقهاء إن المهر في مقابلة البضع ويجب بالعقد ويتأكد بالدخول ومتى تأكد لا تسقط المطالبة به مادامت الزوجية قائمة ، فقد نص في شرح الدر في سبب المهر : أن للزوجة منع الزوج من الوطء وخلسة رضيتها حتى تستوفى ما تعارف تعجيله من المهر لأن كل وطء في النكاح وارد عليها العقد بجميع المهر فما دامت الزوجية قائمة فمسبب الوجود قائم وهو الوطء ملوى

بالزواج في مقابلة منافع البضع إما بالتسمية وإما بالعقد والعقد يصح وإن لم يسم فيه مهراً أو نفس بأن تزوجها بشرط أن لا مهر لها ، لأن النكاح لغة عقد انضمام وإزدواج فيتسم بالزوجين - وهو واجب شرعاً لإظهار شرف المحل لا لصحة النكاح والدليل على أن الزواج يصح وإن لم يسم مهر في العقد قوله تعالى :

" لا جناح عليكم أن طلقتم النساء ما لم توهن أن تفرضوا لهن فريضة " حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ولا يكون الطلاق إلا في النكاح الصحيح فعلم أن ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح " (٦)

ويؤخذ على هذا التعريف أنه ليس تعريفاً بقدر كونه شرحاً فهو أكبر مما يجب وفي تعريف آخر نرى " أن المهر هو المال الذي يجب على الرجل للمرأة في عقد زواج صحيح أو دخول يشبهه أو دخول مبنى على عقد فاسد ومثل المال المنفعة التي تقوم بالمال (٧)

" إنما امرأة نكحت على صداق وجهاء أو عدة " وسمى " علاق " لقول رسول الله عليه السلام :

" أدوا العلائق ، قيل : يا رسول الله وما العلائق ، قال : " ما تراضى عليه أهلون " (٨)

وفي الفقه :

يزي الحنفية :

إسم المال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج مقابل البضع إما بالتسمية أو بالعقد .

يزي المالكية :

هو المال الملتزم للمخطوبة لملك عصمتها .

يزي الشافعية :

ما يجب بنكاح أو وطء أو نفرت بضع فمهر .

يزي الحنابلة :

هو العوض في النكاح ونحوه .

تعريف الصداق في الفقه المعاصر :

يرى بعض الفقهاء المحدثين : أن المهر هو المال الذي يجب

٤٧/٢/١٢^(٦) وفي تعليقاتنا على هذا الحكم نجد إنه قد أسرف في إعطاء حق الزوجة في الإمتناع على زوجها طوال قيام الزوجية ، وهذا لا يتوافق مع العرف والمنطق العملي ، لأنه يعنى تنازل الزوجة عن مهرها طوال عشرين عاماً أو ثلاثين ثم تقتنع عليه بحجة أنها لم تستوف مقسّم صداقها ولا تعد ناشزة . والدليل على ذلك حكم آخر أسبوط الجزئية للأحوال الشخصية في القضية رقم ٨٥٨ لسنة ٣٨^(٧) دعوى دين الصداق تسقط بمضى خمس عشرة سنة ، دين الصداق ولو في دعوى الوفاء والوراثة تسقط - دعواه بمضى خمس عشرة سنة^(٨) .

وفي حكم آخر لمحكمة المحلة الكبرى " يرى الحنفية أن سبب وجوب المهر هو الزوجية ويرى الإمام الشافعي إنه ليس بواجب إلا بالفوز وأرجح بقوله : " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة " والنحلة هي العطية والعطية صلة فيكون المهر صلة زائدة في النكاح فلا يجب بعقد الزواج ، ولأن النكاح عقد زواج بالإجماع

لأن اللفظ لا ينهى إلا عنه إجماعاً فيقتضى ثبوت الزوجية بينهما ويحل الإستمتاع لكل منهما بمصاحبه تحقيقاً لمقاصد النكاح إلا إنه ثبت عليها نوع ملك في منافع البضع حتى تتحقق المقاصد ولا ضرورة في إثبات ملك المهر عليه فكان عهدة زائدة في حق الزوج صلة لها ، وقوله تعالى " وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم " أخبر الله سبحانه وتعالى أن حل ما وراء ذلك على إنه لا جواز للنكاح إلا بالمال ولأن ملك النكاح لم يشرح لعينة بل لمقاصد لا حصول لها إلا بالدوام على النكاح والقرار عليه لا يدوم إلا بوجوب المهر بنفس عقد الزواج ، فمن ذلك نرى إنه يعقد الزواج وجب على الزوج المهر كما قرره ابن عابدين " المحلة الكبرى ٤٧/٢/٢١^(٨) " .

وفي حكم حديث لمحكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٧٩/٢/٢١ ، في الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٨ أحوال شخصية " لما كان ذلك وكان الإجماع على أن أداء المهر

واجب شرعاً للزوجة على زوجها إبانة لشرف المحل وإن صح النكاح بدونه بحيث يجوز لها أن تقتنع عن إن تزف إلى زوجها والدخول في طاعته حتى تستوفى منه المال في صداقها الذي إتفا على تعجيله ولا تعد بهذا الإمتناع ناشراً عن طاعته

مادة ٤ : حل يلتزم والد الصغير بصداق إبنته :

هل الأب ملزم بدفع الصداق إلى زوج إبنته في حالة عدم قدرة الإبن على دفعه ؟ للإجابة عن هذا السؤال لا بد من بحث شقين ، الشق الأول وهو عدم ضمن الأب لإبنته والشق الثاني هو ضمن الأب لإبنته .

على الشق الأول : أجابت محكمة " كفر الزيات للأحوال الشخصية " في الدعوى رقم ٣٥٨ لسنة ٢٩ بقولها " من حيث إنه على فرض صدق وقائع الدعوى فإن المدعى عليه لا يلزم بدفع المبلغ المذكور إلى المدعية لأن والد الصغير الفقير لا يلزم بمهر إبنته إلا إذا ضمنه والمدعى عليه لم يضمن هذا المهر بإقرار المدعية كما نص على ذلك في

باب المهر من متى الدبر وشرحه
وحاشية ابن عابدين ^(١٠).

وعني الشق الثاني : أجابت
محكمة " ملهى للأحوال
الشخصية في ١٥/٦/١٩٦٣
بقولها " وحيث إن إلتزام ولى
الزوج لحال الصداق يقتضى
الصيغة المبينة بوثيقة الزواج " .
إلتزام الولى المذكور بدفعه من
ماله الخاص تحت طلب الزوجة
المذكورة " فى الواقع لا يحصل
أكثر من معنيين :

أولهما : وهو الظاهر المتبادر
منها إلى الولى المذكور كفالة
الزوج للزوجة فى مقدم الصداق
إذ الكفالة تقتضى بكل ما ينبئ
عن العدة والإلتزام فى العرف
والعادة ولذا نص الفقهاء على
أنه لو قال شخص لآخر الدين
الذى لك على فلان أنا أدفعه
إليه أو أقضه لا يكون ذلك
كفالة لعدم وجود ما يدل على
الإلتزام فإن وجود ما يدل عليه
كالتعليق فإنه يقول " إن لم يؤد
لك فلان الدين الذى لك عليه
فأنا أؤديه لك فإنه يكون كفالة " .
يراجع رد المختار ٢٦٥ ، ٢٧٥
ج ٤ " فأولى أن يكون صريح

الإلتزام كفالة كما هو عبارة
الولى المذكور فإن صريح لفظة
إلتزام ، والمنصوص عليه شرعاً
إن كفالة ولى الزوجة مهرها
صحيح شرعاً ولى باشر عقد
النكاح بالولاية عن الزوجين لإتته
تفسير ومعبر فلا ترجع الحقوق
إليه بشرط صحة وقبول الزوجة
الكفالة فى المجلس إن كانت
كبيرة فإن كانت صغيرة قام
إبجاية مقام قبولها والزوجة بعد
الكفالة بالتحار إن شامت
طالبت الزوج أو الولى " .
الكفيل " وإنما ثبت لها مطالبة
كل منهما لأن الكفالة ضم ذمة
فى المطالبة وتقتضى شغل
ذمة الأصل إلا إذا شرطت
براءة ذمته فإنها تكون حوالة
إعتباراً لمعنى ولم يوجد هنا هذا
الشرط .

وثانيهما : أن يكون الولى
قصد أن يزوج ابنته بالصداق
المبين على أن لا يجب هذا
الصداق على الزوج ابتداء بل
يجب عليه وهذا المعنى مع بعده
عن ظاهر عبارته فهو على
فرض قصده تغيير لما تقدر
شرعاً من أن الصداق يجب ف

ذمة الزوج بالعقد فيرد قصده
عليه ويثبت الصداق فى ذمة
الزوج بحكم الشرع ^(١١)

ملادة (٥) ملأا كان المهر من
الزوج إلى الزوجة ولم يكن
العكس ؟

إن النظام الطبيعى فى
الوجرد جعل الرجل يعمل
لكسب المال ، والمرأة تقوم على
شئون البيت ، فكانت التكاليف
المالية كلها على الرجل ، وكان
من المنطقى أن تكون عليه هدايا
الزوج المالية أيضاً ، فهو يقدم
هذا المال ليكون أمانة المودة ،
وهو من قبيل الهر وإظهار
الإخلاص .

وإن المرأة إذ تنتقل من بيت
إليها إلى بيت زوجها تستقبل
حياة جديدة ، وهى تحتاج فى
سبيلها إلى ثياب وزينة وعطر
يليق بحالها . فكان من اللازم
أن يقدم لها الزوج بعض ما
يعينها على ذلك لهذا أوجب
الله لها المهر وذهب العرف إلى
تقديم بعضه عند الزفاف . وقد
جرى عرف الناس على أن المرأة
هى التى تعد البيت من أثاث
وخلائه فكان من الواجب أن

نفسها سوى ذلك فتكون
ناشرة. (١٣)

وفى حكم آخر لمحكمة
المنصورة الكلية للأحوال
الشخصية " من حيث أن
المنصوص عليه عند الإمامين
إبن حنيفة ومحمد رحمهما الله "
إن الزوجة إذا أجلت بعض المهر
أجلًا معينًا ليس لها أن تقنع
نفسها لإستيفاء الأجل ، أما
عند أبى يوسف فقد اختلف
النقل عنه فى هذه الحالة ففى
البدائع باب المهر : إن المهر لو
كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً
معلومًا فله إن يدخل بها إذا
أعطاه الحال بالإجماع ، وفى
رد المختار لإبن عابدين عن شرح
الجامع لفاضلان فى باب المهر
إن أبى يوسف يرى المنع فى هذه
الحالة أيضاً لإستيفاء الأجل إذا
لم يكن دخل بها والدخول عنده
يبطل حقها فى المنع .

ومن حيث إن الخصمين
متصادقان على الدخول وبعض
المهر حال قد إستوفته وبعضه
مؤجل إلى أجل معلوم فليس لها
الإمتناع لإستيفاء ما حل أجله
وإن اختلف النقل عن أبى يوسف
إجماعاً. (١٤)

وزوجها وولدها حق المطالبة
بتصبيها منه وليس للوالد حق
الإمتناع عن تأديته لهما والله
أعلم. (١٥)

مادة ٧ : هل تعد الزوجة
ناشرة إذا لم تدخل فى طاعة
زوجها بعد قبضها عاجل صداقها ؟

أجابت الأحكام القانونية
المتعددة على هذا السؤال قولها
فى حكم لمحكمة الجيزة رقم
٢٤/١٧٣٩ " حيث تبين من
الإطلاع على قسيمة الزواج إن
المدعى عليه أقبض وكيلها فى
العقد . وقبض المهر " معجل
صداقها " ، وما أنها قررت إثر
عرض قسيمة الزواج عليها التى
قررت بها وكيلها المخول له فيها
قبض صداقها إنها مانعة نفسها
حتى يقبض المدعى عليه عاجل
صداقها ثم تاريخ العقد عليها
لتدبير الوكيل المعجل وما إن
دّمة المدعى عليه قد برأت من
ذلك العاجل بتسليمه إلى
وكيلها ضرورة إن يد الوكيل
كيد الأصل فليس لها حق فى
منع نفسها عن دخوله بها
والشأن لها مع ذلك إن الوكيل
فى الرجوع عليه يمثل ما قبضه ،
وما إنها لم تذكر سبباً آخر لمنع

بعاونها زوجها على ذلك ببعض
المال يقدم لها ، فكان هو المهر
أو بعبارة أدق معجله. (١٦)

مادة (٦) ما هو الفرق بين
المهر والدوطة ؟

المهر هو كما سبق لنا
أوضحنا هو ما تعطاه الزوجة
من مال ومنفعة بسبب النكاح ،
وهو ينفق من الزوج إلى الزوجة
فى مقابلة منافع البضع .

أما الدوطة ، فقد جاء
تعريفها فى الفتاوى الإسلامية
بنصها " حيث أن مبالغ الدوطة
فى صرف . المسيحيين هنا
كمبالغ المهجور عند المسلمين
لكما يلزم مبلغ المهر فى دّمة
ولى الزوج إذا ألزم نفسه به
فكذلك يلزم مبلغ الدوطة فى
دّمة والد الزوجة متى ألزم به
نفسه . فالمبلغ الذى ألزم به
نفسه الوالد فى واقعتنا يعتبر
دينًا لازمًا لدمته كسائر الديون
التي تلزم الدّمة ولا يعتبر من
الهبية التي تتم إلا بالقبض
خصوصاً وقد شرع الوالد فى
إستثمار المال بتمته وقد قبضت
مبلغاً من ثمرته فلا ريب إن
المبلغ يعتبر تركه لتلك البنت

وكذلك الحال في أحكام متعددة من محاكم مختلفة في الجهات ومتباينة في الدرجات ونستخلص من ذلك أن عدم تسليم الزوجة نفسها لزوجها بعد قبضها أو قبض وليها أو وكيلها عاجل مهرها تعد ناشزة بحكم الفقه والقانون وليس لها نفقة على زوجها حيث إنها ممتنعة عن إعطائه حقه الشرعى ولكن ما هو الحكم إذا قبضته أم المخطوبة المهر وإمتنعت الزوجة عن الدخول في طاعة زوجها ؟ ما يتضح لنا من الفقه وأحكام القضاء أن الأم ليست وصية على الأبناء ولا وكيلة لها ، إلا يحكم من القاضى أو بتفويض من الإئنة فهنا تنقسم الإجابة إلى شأين إذا قبضت الأم المهر وهى ليس لها صفة غير كونها أم للزوجة وإمتنعت الزوجة عن الدخول في طاعة زوجها فلا تعد الزوجة ناشزة ، ولكن يحق للزوج الرجوع على الأم بما أخذته على إنه مهر لإئنتها .

أما إذا كانت الأم وصية بحكم القضاء على الإئنة أو وكيلتها بتفويض من الإئنة فى

هذه الحالة تعتبر الأم ذات صفة ، فإذا إمتنعت الزوجة عن الدخول في طاعة زوجها بعد قبض الأم لمعجل صداقها في هذه الحالة تعد ناشزة .

وفى حكم شهير لإستئناف كلى مصر فى ١٩٤٠/١٢/٢٦ قالت " قرر الفقهاء أن الوكالة لا تثبت ولا ترتب عليها آثارها إلا بإيجاب من الموكل أى بلفظ: يدل عليها ، ولا تثبت عرفاً لأن ثبوتها بالمعرف يكون نوعاً من الولاية على المال وهى لا تكون للأم طبقاً للتصوص الشريعة التى تقضى بأنه ليس لغير الأب والجد والقاضى قبض مهر البكر بدين . كالة أو وصاية ففى الهندية " للأب والجد والقاضى قبض مهر البكر كبيرة أو صغيرة إلا إذا نهته وهى بالغة صح النهى وليس لغيرهم ذلك " أ . هـ . قال ابن عابدين ويشكل قوله " وليس لغيرهم " فالأم ليس لها القبض إلا إذا كانت وصية " (١٥) .

ولكن هل يحق للزوجة إذا أجلت مقدم صداقها أن تمتنع عن الدخول في طاعة زوجها ؟

أجابت على هذا السؤال حكم لمحكمة أسبوط الكلية فى الدائرة المستأنفة أحوال شخصية بقولها " حيث إن الورقة صريحة فى أن المبلغ الذى بها مشروط تأجيله إلى أجل لم يحل بعد وقد دخل بها المستأنف برضاها فليس لها حق الإمتناع عن الطاعة لا قبل حلول الأجل ولا بعده ، أما قبل حلول الأجل فلانها لما رضيت بتأجيله فقد أسقطت حقاها فى إستيفائه بالتأجيل فلا تملك الرجوع إليه لأن السقاط لا يعود ، وإما بعد حلول الأجل فلان المعقود عليه قد صار مسلماً بالدخول وبالحلوة أيضاً وبها يتأكد جنس المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع إذا سلم المبيع . " نص على ذلك فى الجزء الثانى من الهداية والعناية والفتح ص ٤٧٣ وفى الجزء الثامن من الدر المختار ورد المختار ص ٥٥٤ ، ٥٥٥ " (١٦) .

مادة (٨) بما يتكده المهر :

المهر الواجب بالعقد فى الزواج الصحيح واجب وجوباً غير معتقر وذلك يرجع لإئنة عرضه لأن يسقط كله أو نصفه

كان الموت عن طريق قتل أحد الزوجين للأخر ؟

تتقسم الإجابة على هذا السؤال إلى شقين :

أولهما : إذا قتل الزوج الزوجة ، بنى هذه الحالة يتأكد المهر ويثبت بلا خلاف فى ذلك بين الفقهاء .

ثانيهما : إذا قتلت الزوجة نفسها أو قتلت زوجها ، يرى الحنفية تأكيد المهر فى هذه الحالة إستناداً على أن المسقط هو الفرقة بينهما وهما على قيد الحياة ، وقد إمتنع ذلك المسقط فثبت المهر !! ولقد قال زمز إن من قتلت نفسها يسقط كل مهرها ، لأن قتلها نفسها جناية وقد قوتت بهذه الجناية حق الزوج عليها فأسقطت حقها فى المهر إذا لم يكن مؤكداً بالدخول من قبل ، ولأن قتلها نفسها كارتدادها ، وهى إذا إرتدت قبل الدخول سقط كل مهرها .^(١٧)

وقال زمز مع الأئمة الثلاثة : إن الزوجة إذا قتلت زوجها قبل الدخول سقط مهرها كله وحجتهم فى ذلك أن قتلها زوجها جناية ، وما عهدت الجنايات

أعظمها من جانب الزوجة وهو ملك البضع ، فتجب على الزوج جميع الحقوق بعد ذلك وأوليها المهر ، فى حكم لمحكمة ملوى الجزئية للأحوال الشخصية " نصت على " نص الفقهاء على أن المهر فى مقابلة البضع ويجب بالعقد ويتأكد بالدخول ، ومتى تأكد لا تسقط المطالبة به مادامت الزيجة قائمة . نص فى شرح الدر فى باب المهر ، أن للزوجة منع الزوج من الوطء وخلوة وضيتها حتى تستوفى ما تعارف تعجيله من المهر لأن كل وطأة فى التكاح وارد عليها العقد بجميع المهر فما دامت الزوجية قائمة فسبب الوجود قائم وهو الوطء "

ثانياً : موت أحدهما ،

يتأكد المهر بالموت سواء كان موت الزوجة أو موت الزوج بلا خلاف فى ذلك بين معظم الفقهاء وذلك إستناداً إلى أن المهر كان ثابتاً إلى أن يوجد ما يسقط بعضه أو كله مثل الفرقة قبل الدخول ، ولأن الموت أنهى عقد الزواج فثبت المهر ويتأكد ، ولكن ما هو الحل إذا

حتى يوجد ما يؤكده ، فإذا ثبت المؤكد أصبح غير قابل للسقوط يتأكد المهر بالدخول الحقيقي فى الزواج الصحيح والموت وهذا بلا خلاف فيه بين الفقهاء .

وعند المالكية يتأكد المهر بإقامة الزوجة سنة فى بيت الزوج ، حتى كان بالفاً وكانت صالحة للاتصال الجنسى وإن لم يصل بها .

ويثبت المهر فى الزواج الفاسد بالدخول مع وجود شبهة وإذا ثبت يصح مؤكداً لا يقبل السقوط . وذلك لعدم إحتمال أن يسره ما يسقطه ، وعند الحنفية يتأكد المهر بالخلوة الصحيحة بما لم يكن هناك مانع سواء حقيقى أو شرعى يمنع الدخول . وسوف نوضح كل من هذه العناصر بشئ من التفصيل :

أولاً : الدخول الحقيقى ،

يتأكد المهر ويثبت بالدخول الحقيقى سواء أكان مهر المثل أم المسنى أم اتفق عليه بعد العقد ولا يسقط منه شئ إلا بائناً الزوجة لأن بالدخول قد إستوفيت أحكام العقد أو

صغيرة أو مريضة أو بها عيب يمنع الدخول ، أو يكون الزوج ما يمنعه من الدخول بها كأن يكون صغيراً أو مريضاً فإذا كان هذا المانع لم تكن الخلوة صحيحة . (١٩)

ثانياً المانع الطبيعي :

بأن يكون معهما ثالث ، فإن الطبع يمنع الدخول مع وجوده . بل لا يوجد معنى الخلوة مع وجود سواء أكان الثالث صاحباً أم كاتناً ، وسواء كان أعشى أم بصيراً ، والصبي الذي يفهم الأشياء يمنع وجوده بتحقيق الخلوة الصحيحة . (٢٠)

ثالثاً المانع الشرعي :

وهو أن يكون أحد الزوجين في حالة تنعه شرعاً من الدخول ، كأنه يكون أحدهما صائماً ، أو تكون هي حائضاً ، فإذا كان ذلك فإن الخلوة لا تكون صحيحة . (٢١) وفي حكم لمحنة " السيدة زينب للأحوال الشخصية " في ١٩٥١/١٢/٢٦ " نصت " جاء في البدائع في باب ما يتأكد به المهر أن المهر يتأكد بأحد معان ثلاثة الدخول

لها صداق مطلقاً لأنها إذا أخذت ما تبقى من صداق بعد قتلها زوجها يكون ذلك مكافأة لها على قتلها زوجها ، وهذا مما لا يجيزه شرع أو منطق وخاصة مع تعدد حالات قتل الأزواج في وقتنا المعاصر .

ثالثاً الخلوة الصحيحة :

يتأكد الصداق في الخلوة الصحيحة كتأكد في الدخول ، وفي تعريف الخلوة الصحيحة هي التي يجتمع فيها الزوجان في مكان آمن من رؤية الغير لهما والإطلاع على حالهما .

ولم يكن هناك ثمة مانع من الدخول ، ففي هذه الحالة يتأكد المهر ويثبت حتى ولو لم يحدث دخول حقيقي . وقد اشترط الفقهاء في الخلوة الصحيحة التي تؤكد المهر الخلوة من الموانع التي تنع من الدخول الحقيقي لو تناسبت الظروف ، وهذه الموانع هي ، المانع الحقيقي والمانع الطبيعي والمانع الشرعي .

أولاً المانع الحقيقي :

وهو أن يكون بالزوجة ما يمنع الدخول بها ، كأن تكون

مؤكدة للحقوق ولأنها تحرم من الميراث فأولى أن تحرم من المهر ، ولأن قتلها زوجها كرهتها من حيث إنها أنهت الزواج بمصيبة تسقط المهر كله . خاصة إن كان ذلك قبل الدخول . (١٨)

وإنما هي الموضوع :

لا خلاف في تأكد المهر ولوته إذا مات أحد الزوجين قبل الدخول ، وذلك بإجماع الفقهاء من القدماء والمحدثين ، ولكننا نرى ما يراه زمزم وهو عدم تأكد المهر إذا قتلت الزوجة نفسها لأنها بذلك تكون قد إرتدت عن الإسلام وفي حالة إرتدادها عن الإسلام لا يحق لها أصلاً الزواج من مسلم ، فيعتبر وضع يدها أو وريثتها على الصداق هي يد غاصب لا حق لهم فيه ، هذا بالإضافة إلى أنها قد فوتت على الزوج الغرض من دفع الصداق وهو كما وضعنا لملك شرف المحل ، ففي حالة نفوتها على الزوج ما هو مقابل للمهر فلا يحق لها هذا الصداق .

أما إذا قتلت الزوجة زوجها قبل الدخول فنرى أن لا يحق

وذهب الشافعية :

صحة الشرط ويجب لها مهر المثل . جعل بعض ما يجب عليه دفعه في مقابل البضع لغير الزوجة . فوجب مهر المثل للمساكين المسمى ^(٢٤) .

أما إذا كانت بكراً ، فإن النكاح بيده ، فلا يحق له عوض في النكاح لغير الزوجة وذلك باطل .

وذهب الحنابلة :

إلى جواز إشتراط الأب شيئاً من صدق ابنته ، تأسيساً على أقوال كل من ابن قدامة وإسحاق ومسروق وعلى بن الحسين قال وقد إشتراط مسروق لنفسه عشرة آلاف درهم فجعلها في الحج والمساكين وقال للزوج جهرأ إمرأتك .

واستندوا في رأيهم ذلك أيضاً على قصة شعيب عليه السلام (إني إزهد أن أنكحك إحدى بنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج) الآية ٢٧ من سورة القصص فمن هنا نلاحظ أن الصدق كان عبارة عن رعاية غنم للأب وهو شرط للأب

الصدق . والعقد لا يوجبه ، وأما في الزواج الصحيح فالعقد هو الذي يوجبه ويصبح حكماً من أحكامه .

مادة (١٠) ماهو حكم شرط المرأة ألف لها وألف لغيرها ؟

إنه لمن المستقر عليه فقهاً وقضاء الصدق ملك خالص للمرأة تتصرف فيه كيفما شئت ، ولكن ما هو الحكم إذا إشتراط الأب لنفسه شيئاً من الصدق الخاص بابنته . كأن يزوجها على ألف لها وألف له .

يختلف الفقهاء في حكم الألف الخاصة بابيها ، بين منكر ومؤيد .

ذهب الحنفية :

إلى أن كل المشروط لها لإته مهرها وليس للأب شيئاً من ذلك . ^(٢٥)

وذهب المالكية :

إلى أنه إذا كانت المرأة ثيباً جاز الشرط وأخذ الولي المشروط له ، لأن النكاح بيدها وإن للولي مباشرة العقد ولا يمتنع عنه ، كما يأخذه الوكيل في عقد البيع .

والخولة الصحيحة وموت أحد الزوجين سواء كان المهر مسمى أو مهر المثل حتى لا يسقط منه شيء بعد ذلك إلا بالإبراء من صاحب الحق ، وأما التأكيد بالدخول فمتفق عليه إما التأكيد بالخولة ، فلهيها حتى لو خلا بها خولة صحيحة ثم طلقها قبل الدخول بها في نكاح فيه تسمية يجب عليه كمال المسمى وإن لم يكن في النكاح تسمية يجب عليه كمال مهر المثل ونجب العدة بعد الخولة عندها " . ^(٢٦)

مادة (٩) حكم الصدق :

الصدق حكم من أحكام الزواج الصحيح وقد قرر إن العقد الفاسد لا يترتب عليه أي حكم من أحكام النكاح ، لأن الشرع لا يقر بوجوده ولكن قد يصحبه دخول ، فإذا كان الدخول بشبهة فيسقط الحد ويقر الصدق ، لأنه حينما يسقط الحد وجب الصدق على ما هو متعارف عليه في الفقه الإسلامي . فيكون الصدق بسبب الدخول بشبهة . لا ينسب العقد ذاته ، وقالوا أن الدخول في العقد الفاسد هو الذي يوجب

أولهما : إن أولياء العصبية لهم أن يعترضوا إذا سمي ما هو أقل من مهر المثل عند أبي حنيفة ، وإن النكاح يفسخ بإعتراضهم أو يزاد المهر المسمى إلى مهر المثل .

ثانيهما : أن كثير من الفقهاء جعلوا للمهر حداً أدنى لا يتقص عنه ، ولا يسمى ما دونه لورود آثار تثبيت الحد الأدنى ، ولأن مشروعية المهر في عقد النكاح لشرف المقد ولعانة المرأة ، فيجب أن يكون بقدر لا ينزل بشرف العقد ، ويكون فيه معاونة ، فتعين أن يكون له حد أدنى .

ويشترط لنقصان المهر أمران
حدهما الفقهاء والتفكير المنطقي
السليم وهما :

أولاً : أن تكون المرأة بالغه عاقلة وغير محجور عليها لفسه أو غفلة . لأن النقصان من المهر نوع من أنواع التبرع ، ويشترط فيه ما يشترطه الشارع في المتبرع من أهليه ورشد .

ثانياً : أن لا يرد المتبرع له (الزوج في حالتها هذه) التبرع به ، لأن بعض الناس لا يقبل

فكل ذلك يدل على رجحان مذهب الحنابلة .

إلا أن القانون المصري عني خلال ما يراه المذهب الحنفي ، من عدم وجوب أن يشترط الأب لنفسه . وأن هذا الشرط باطل ، وخاصة أنه لا يوجد نص في القانون يحرم هذه الجزئية بل تركها دون نص ، وبالرجوع إلى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية نجدها تميل إلى أحكام المذهب الحنفي عند عدم وجود نص .

مادة (١١) هل يحق للمرأة أن تسقط المهر :

وإذا كان المهر أثراً من آثار في الزواج الصحيح فهو حق لها . ويتبع عن ذلك إن لها أن تسقطه وتبرى زوجها منه إن كان ديناً لم تقبضه ، ويحق لها أن تهجه له إن قبضته لو كان عيناً ما دامت تتوافر فيها صفات أهل التبرع .

وأستوفت الشروط المقررة شرعاً في البراء والهبة . ولكن هذا لا يعني إنه حق خالص لها بل لابد من ملاحظة حقين آخرين .

وليس للأئنه منه شيئاً ويستنداً على ذلك أيضاً من أن للوالد الأخذ من مال إبته بدليل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم " أنت ومالك لأبيك " ولقول رسول الله أيضاً " إن أولادكم من أطيّب كسبكم فكلوا من أموالهم " .

وقد تعقب ابن العربي الاستدلال بقصة شعيب ، فقال : إن في القول بأن شعيباً إشتراط لنفسه جرياً على ما تفعله الأعراب ، فإنها تشترط في صداق بناتها وتقول لى كذا من صداق إبتهى .

أما في الموضوع :

يترجح لنا رجحان ما ذهب إليه الحنابلة وذلك لقوة دليله ورجحان أسانيده ، ولا سيما استدلالهم بقصة شعيب مع موسى عليهما السلام وأنه زوج موسى من إحدى إبتهى كما في سورة القصص برعى الغنم . وهذا شرط لنفسه .

وأيضاً ما أستندوا عليه من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم " أنت ومالك لأبيك " .

إلا براء من دين عليه أو التبرع له بشيء .

مادة (١٢) هل يحق للزوج أن يزيد في صدق زوجته :

أجمع الفقهاء على أحقية الزوج في الزيادة في صدق زوجته وذلك بشروط هي :

أولاً ، أن يكون من أهل التبرع ، بأن يكون بالغاً عاقلأً رشيداً وغير محجور عليه نفسه أو غفلة .

ثانياً ، أن تقبل الزوجة هذه الزيادة لأنها هبة فلا بد لها من القبول ، لأنه كما أوضحنا قد لا يقبل هذه الزيادة بعض الناس .

ثالثاً : لا بد من قيام الزوجية سواء كما أو حقيقة ، لأن هذه الزيادة مرتبطة بأصل العقد فلا بد من قيام هذه الزوجية التي يرد على حكم من أحكامها الزيادة .

وأخيراً ، أن تكون هذه الزيادة معلومة ، لأنه من المستقر شرعاً عدم صحة عقد الهبة على مجهول .

مادة (١٣) ماذا لو اشترط الزوج في عقد الزواج عدم دفع المهر :

يحدث في الحياة العملية أن يشترط الزوج أن لا مهر لزوجته ، فماذا يكون الحسل في هذه الحالة ؟؟ .. أجمع الفقهاء على أن هذا الشرط غير صحيح وإذا تضمن العقد هذا الشرط فإن للزوجة مهر المثل وذلك تطبيقاً لقول الله تعالى " وأحل لكم ما وراء ذلكم إن .. تبتغوا بأموالكم " الآية ٢٤ من سورة النساء ، فاستدلوا من هذه الآية على أن الله سبحانه وتعالى أحل ما وراء المحرمات بشرط الإبتغاء بالمال ، أي لا نكاح بدون مال . وقال الله تعالى : " ولا جناح عليكم أن تنكحوهن إذا أتيتموهن أجورهن " الآية ١٠ من سورة الممتحنة ، وهنا يتضح إن الله جل شأنه جعل الأجور وهي المهور شرطاً للنكاح . أضف إلى ذلك ، إنه لو كان النكاح يصح بدون مهر لما أمر النبي صلى الله عليه وسلم الصحابي الجليل بأن يلتصم ولو خافاً من حديد .

مادة (١٤) ولكن ماهو حكم صحة هذا النكاح :

اختلف الفقهاء في صحة هذا النكاح مع اشتراط عدم المهر ، ذهب جمهور الفقهاء إلى فساد الشرط وصحة النكاح ورأيهم في ذلك أن المهر شرط جواز النكاح للمسلم ، بما سبق شرحه وتفصيله من أدله وبراهين ولأن ملك البضع لم يشرع لذاته بل لمقاصد لا حصول لها إلا بالدوام على الزواج ، وذلك لا يلزم إلا بوجوب المهر بنفس العقد وقد يحدث بين الزوجين من الأسباب التي تحلل الزوج على الطلاق من وحشة أو خشونة . طارئة فإذا لم يكن قد دفع المهر فإنه لا يبالى عن إزالة رباط الزوجية بأدنى خشونة : وذهب المالكية إلى أنه إذا وقع النكاح بشرط إن لا مهر لها فإن النكاح مفسوخ قبل الدخول وذلك طبقاً لأية الممتحنة التي إشتراط فيها المال .

وقال أبو محمد : إنه إذا إشتراط في النكاح إن لا صدق فهو نكاح مفسوخ إبتداءً وذلك تطبيقاً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " كل شرط ليس في

كتاب الله عز وجل فهو باطل " بل في كتاب الله إبطاله ، قال تعالى : " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة " الآية ٤ من سورة النساء فإذا هو باطل ، فالنكاح في رأي أبو محمد لا تتعقد صحته إلا على تصحيح مالا يصح ، فهو نكاح لا صحة له .

ونحن مع بعض الشراح المحدثين نرى إن النكاح صحيح مع فساد الشرط ، وذلك إذا كان الزواج قد أستوفى ركناه الأساسيان ، فإن المهر هو متمم للركنتين الأساسيين للنكاح .

مادة (١٥) تسمية الصداق في العقد :

ما من شك أن تسمية الصداق في العقد أدفع للخصومة وفيها معرفة كل واحد لحقه قبل الدخول في الزواج ، حتى يكون كل طرف على بصيرة من أسرته وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء ، لكن يرى الشافعية والحنابلة أنه يستحب ذلك إستحياباً قالوا : لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يزوج بناته وغيرهن ، فلم يغفل ذلك من صداق ، وأيضاً

في قصة الواهبة قال لصاحبها : التمس ولو خاتماً من حديد ، فلما لم يجد شيئاً زوجة إياها بما معه من القرآن لما في ذلك من قطع لأواصر الخلاف ، وأمن من النزاع . (٣٦)

وقد أجمع الفقهاء على صحة النكاح ، وإن لم يذكر المهر حال عقد النكاح ولا قبل ، لقول الله تعالى : (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) الآية ٢٣٦ من سورة البقرة .

ومن ذلك يستدل أن الله رفع الجناح عن طلاق في زواج لا تسمية فيه والطلاق لا يكون إلا بعد الزواج ، فدل على جواز الزواج بلا تسمية .

وفي حديث آخر لعقبة بن عامر : أن النبي صلوات الله عليه وزجه بأمرأة ، ولم يفرض لها صداقاً ، ولم يعطها شيئاً من المهر ، فبني إن هذا الزواج خلا من ذكر المهر .

مادة (١٦) : هل يجب الصداق بالمال فقط :

يحدث في الحياة العملية أن

يكون الصداق شيء آخر غير المال مثل المنافع أو تعليم القرآن أو تعليم الآداب أو العقارات أو ذهباً وفضة أو أى أموال عينية أخرى ، فهل يجوز الصداق بهذه الأشياء أم لا يجوز ؟

بادئ ذي بدء أجمع الفقهاء رحمهم الله إن النكدين من الذهب والفضة يصح أن يقوم به الصداق .

أما خلاف ذلك فقد اختلف الفقهاء ، فنجد بعضهم من المتشددين يرى وجوب الصداق بالمال فقط وينع غير المال من منفعة أو تعليم القرآن أو تعليم شيء من العلم أو الآداب أو المهن الأخرى ، ومن قال بهذا الحنفية والمالكية ، وإستنادهم في ذلك بالآية الكريمة وأحل لكم ما وراء ذلكم إن تبتغوا بأموالكم " . إلا أنهم رأوا صحة الصداق بالأموال العينية فقط وليس المنافع ، فمثلاً صح عندهم الصداق بخمسة آلاف جنيه أو عشرة من الأبل أو كلاهما كجزء من المقار وشيء من المجوهرات . إلا أنهم ذهبوا إلى عدم جواز جعل تعليم

القرآن صدقاتاً . وعبد بن جواز تعليم الآداب والعلوم صدقاتاً فلا صدقات عندهم إلا المال فما لا يكون مالا لا يكون صدقاتاً .

إما بقية الفقهاء ذهبوا إلى جواز الصدقات بالمال وغيره من المنافع ، حتى ولو كان تعليم القرآن أو شيء من العلم والآداب ودليلهم في ذلك بما في البخاري وصحيح مسلم عن قصة الواهبة فقد تكلمت بما مع الرجل من قرآن .

وهناك حديث آخر يقيد قصة الواهبة أن النبي صلى الله عليه وسلم (سأل رجل من الصعابية يا فلان هل تزوجت ؟ قال : لا " . وليس عندي ما أتزوج به " قال : أليس معك قل هو الله أحد " . (٢٧)

واستدلوا أيضاً بقصة شعيب مع موسى عليه الصلاة والسلام ومضمونها أن مهر بنته رعى الغنم وقد جاء في الآية ٢٧ من سورة القصص (إنني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج .

وإنا في الموضوع :

-نحن نرى أن كل الأحاديث المبيحة للتزويج على تعليم

القرآن ، إنما كانت عند علم وجود المال ، ففي قصة الواهبة المشهورة أمره الرسول صلى الله عليه وسلم بالتعاس المال ، فلما لم يجد زوجة رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن يعلمها ما معه من القرآن ، والصحابي الآخر لم يرشده إلى رآن إلا الزواج على تعليم القرآن عندما شكى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم وجود المال ، والآية القرآنية أرشدت إلى إبتغاء الزواج بالمال وهي نص عام .

أما السنة فقد شرحت وخصصت ، فجاز جعل تعليم القرآن صدقاتاً عند عدم توافر المال .

مادة (١٧) حكم الشروع في مالا يصح أن يكون صدقاتاً :

عرفنا أن الصدقات يصح أن يكون مالا أو أي شيء مقوماً بالمال أو منافع عند بعض الفقهاء والمتصوِّد من ذلك الأموال المحترمة ، ولكن ما هو الحل إذا أصدقها شيئاً محرم عند المسلمين كأن يكون قد أصدقها خمرأ أو خنزيراً ، فإنه

لا يصح أن يكون صدقاتاً ، لأنها ليست بمال متقوم عند المسلمين وهذا أيضاً قد أجمع عليه الفقهاء .

مادة (١٨) ما هو الحد الأدنى والحد الأقصى للصدقات :

اتفق العلماء رحمهم الله على أنه ليس هناك حد أقصى للصدقات لقول الله سبحانه وتعالى " وإن أردتم إستبدال زوج مكان زوج وأتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً والقنطار كما جاء في معجم متن اللغة " القنطار معيار يزن أربعة آلاف ديناراً " أي مائة وسبعة وثلاثين ونصف كيلو ، وقال بعض الناس أنه جملة مجهولة من المال " . ومن ذلك يتضح أنه ليس هناك حداً أقصى للصدقات أما الحد الأدنى فقد اختلف الفقهاء فيه ، منهم من قال أقله ما تقطع به يد السارق وهو عشرة دراهم عند الحنفية وثلاثة دراهم مسكوكة عند المالكية . إلا أن آخرون قالوا أن الصدقات ليس لأدناه حد محدد بل يجوز أن يكون على أي شيء له نصف وبهذا أخذت

مادة ٢٠، صداق السر وصداق العلني :

يحدث في الحياة العملية أن يتفق الزوجان على مهرًا معينًا يكون هو صداق السر وصداقًا آخر للتفاخر به أمام الناس ، وقد يحدث أن يختلف الزوجان بعد ذلك في مقدار المهر ، ففي هذه الحالة تكون البينة على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج بمهرته ، إلا إذا ادعى ما لا يصح أن يكون صداقًا .

وعلى ذلك نصت المادة ١٩ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ " إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر فالبينة على الزوجة فإن عجزت كان القول للزوج بمهرته إلا إذا ادعى ما لا يصح أن يكون مهرًا لمثلها عرفًا فيحكم بمهر المثل . وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما " .

وتخلص من ذلك القول بأنه إذا ثبت مهر السر فلا محالة من أن يحكم به ، وهذا لا يتجنى من إقامة الزوج الدليل على مهر السر ، وقد قضت الدائرة المسابقة الاستثنائية لمحكمة

من الزوجين أو من يتوب عنهما ، لمعوم الأحاديث الواردة في ذلك مثل " اتمس ولو خاقًا من حديد " وذلك أيضاً تطبيقاً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " إن أعظم النكاح بركة أسره مؤنه "

مادة (١٩) حكم زواج الشغار وبالنسبة للصداق :

نهي الرسول صلى الله عليه وسلم عن زواج الشغار وهو أن يزوج الرجل إبنته أو أخته لآخر على أن يزوجه إبنته وأخته وليس بينهما صداق على أن صداق هذه هو صداق الأخرى وذهب الحنفية إلى جواز ذلك الزواج ويجب عليهما فهو المثل لكل واحدة ، لأن أبي حنيفة يرى أن علة النهي هي عدم التسمية وتزول هذه العلة بوجوب المهر فيصح العقد .

أما بقية الفقهاء وهم مالك والشافعي وأحمد يرون أن النكاح فاسد وحجتهم في ذلك أن في زواج الشغار إنباب عقد زواجين في عقد واحد وهذا يفسد العقد لإتيم يروا أن النهي منصب على صيغة إنشاء عقد الزواج .

الشافعية والحنابلة . وعن ابن حزم نقل ابن قدامة وهو مدون عن الحسن ، وعطاء ، وعمرو بن دينار ، وابن أبي ليسى ، والأرازعي ، والليثي ، وإسحاق ، قالوا : زوج سعيد بن المسيب إبنته من عبد الله ابن رواحة بدرهمين وقالوا : لو أصدقها سوطاً حلت له .

وقالت المالكية : " لأن البضع عضو والبد عضو فكما أستبيحت يد السارق بمقدار من المال - فكذلك البضع يستباح به .

وزاد زمز : إن كانت التسمية أقل من عشرة دراهم وجب مهر المثل وذلك لأن التسمية حيثئذ لا يعتبرها الشارع فتبطل ويصير العقد خالياً من التسمية إذ تسميته ما لا يصح مهرًا لا تعد تسمية وإذا بطلت التسمية وجب مهر المثل .

رأينا في الموضوع :

ونحن نرى وهو ما يترجع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء أن الصداق جائز بما قل أو كثر من المال إذا حصل عليه التراضي

القاهرة فى ١٩٦٠/٤/٤ فى الدعوى رقم ١٩٦٠/١١٦ " ومن حيث أن الراجع فى فقه الإمام أبى حنيفة أن المهر الواجب هو المهر المعلن عنه لإثمه هو الظاهر هنا ما لم يتم الدليل على خلاف هذا الظاهر فإن أقام الزوج الدليل على حقيقة المهر فلا يجب فى هذه الحالة غير مهر السر " إلا أن هناك بعد المحاكم قد تشددت فى إثبات مهر السر واشترطت لكى تحكم به أن يكون هناك دليل كتابى يثبت به ، ومن ذلك حكم لمحكمة " أسبوط فى ١٩٤٦/١/٣٠ ، بنصها " ذهب الإمام أبى حنيفة ومحمد إلى أن المقر لا يقبل منه دعوى الكذب فى الإقرار وبما صل بإقراره ولا يحلف المقر سواء كان مضطراً فيه أو لا - من الإقرار مضطراً أى تلجئه - مسألة مهر السر ومهر العلانية فإن الإقرار فيهما بمهر العلانية إنما هو تلجئه أقتضته السمعة لا غير وهو إقرار غير مطابق للواقع فيدخل فى تعريف الكذب ينظر ابن عابدين ص ٤٧٧ ، ٤٧٨ ج ٤ من كتاب الإقرار وغيره من

كتب المذهب ، والواضح إن مذهب الطرفين يقضى بمعاملة المقر مطلقاً أى ولو إستند فى دعواه الكذب إلى دليل كتابى " (٢٨) **مادة (٢١) الخلاف على القدر المقبوض :**

ويحدث فى الحياة العملية أن يدعى الزوج تسليم زوجته قدرأ معيناً من الصداق وتدعى أنها تسلمت قدرأ أقل منه ، فإذا كان هذا الاختلاف قبل الدخول والحلوة الصبيحة كانت البينة بينة الزوج لأنه يدعى بقاء الظاهر وهو بقاء المهر فى ذمته ، أما إذا كان الخلاف بعد الدخول فلا تسمع دعوى الزوجة إن كانت تنكر إستلامها شيئاً من المهر لأن الغرض والعادة تجرى على خلاف دعواه ، وتكون البينة على الزوج إذا إدعى تسليمها قدرأ أكثر من القدر الذى تقر به فإن أقامها قاضى له ، وإلا فالقول قولها بيمينها فإن حلفت قاضى للزوج بما يدعيه .

مادة (٢٢) الخلاف على الوصف المقبوض :

يحدث فى الحياة العملية أن يرسل الزوج لزوجته مساعداً

ويدعى أنها جزء من المهر وتنكر الزوجة عليه ذلك وتدعى أنها هدية ، فالبينة على الزوجة فإن أقامت الزوجة البينة أو نكل الزوج فى حالة عدم إقامتها البينة قاضى للزوج بإعتباره أنه ما قدم هدية .

أما إذا سلم الزوج زوجته شيء فاختلفا عليه فإن إدعى الزوج وديعة وإدعت الزوجة على أنه جزء من المهر فالقول قولها إن كان الشيء من جنس المهر لأن الظاهر معها والبينة على الزوج ، فإن كان الشيء من غير جنس المهر فالبينة على الزوجة والقول قول الزوج . (٢٩)

مادة (٢٣) صداق المثل :

هو الصداق الذى يدفع عنه زوج أمثاله من بنات قومها ، ويعتبر فى مهر المثل أن تتساوى المراتان وهى المقيسة والمقيس عليها وقت العقد سنأً وجمالاً ومسالاً ولبناً وعصراً وصلحاً وعقلاً وعفة وكارة وثيرة وعلة وأدباً وعدم ولد ، لأن المهر يختلف باختلاف هذه الأوصاف لإختلاف الرغبات فيها ويعتبر ، أيضاً حال الزوج

إنه ما دام المهر لم يسم أو نفيت التسمية - يحكم بمهر المثل وهو يقدر بمهر مثيلاتها من أخواتها وعماتها وبنات أعمامها وأهل أبيها إن وجدت " (٣٦)

الحالة الثانية:

إذا كان هناك تسمية إلا أن تلك التسمية فاسدة ، لعدم إستطاعة تقويم الحال بالنقود وذلك لضالته وكانت هناك جهالة فاحشة ، ففي هذه الحالة يجب أن يرفع الصداق إلى صداق المثل ، أو يفسخ العقد .

الحالة الثالثة:

أن يكون هناك إتفاق على نفى الصداق ففي هذه الحالة يجب صداق المثل ، لأن الصداق حكم من الأحكام التي جعلها الشارع مرتبة على عقد النكاح فيجب صداق المثل . (٣٧)

وهناك حالة رابعة رآها بعض الفقهاء المحدثين وهي إذا أبرم عقد الزواج في مرض الموت وبسمى صداقاً أكثر من صداق المثل . فإنها لا تستحق إلا صداق المثل وما زاد على ذلك يأخذ بحكم الوصية

المبلغ لها وهي وضيت بأخذه وإن اختلفا فمن البديهي أن الزوجة لا بد أن تدعى الأكثر . بأن تدعى أن مهر مثلها مائتا جنيه والزوج يقول أنه مائة وخمسون ، فحينئذ يكون القول للزوج بيمينه لأنه ينكر الزيادة والقول لمن ينكرها فإن حلف للذة ما يدعيه فقط وإن امتنع عن اليمين للذة ما تدعيه هي وأبيها . (٣٨)

وصداق المثل يجب عند أبي حنيفة في ثلاث أحوال هي:

الحالة الأولى:

إذا لم يسم صداق في العقد وتسمى المرأة في هذه الحالة المفوضة لإنها فوضت أو وكلت في أمر صداقها ، فيجب صداق المثل في هذه الحالة وذلك لأنه بالعقد عليها وجب صداق المثل ، وذلك ثابت بحديث ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم الذي مات زوجها ولم يسم لها صداقاً فقال صلى الله عليه وسلم " لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط " وفي حكم لحكمة الجيزة في ١٠/٢/١٩٥٢ قالت " المنصوص عليه شرعاً

بأن يكون زوج هذه كازواج أمثالها من نساها أى في الحال والمجسب وعدمهما لأن لهما مدخلاً في غلو المهر وخصه وكذا الجمال والعقل والتقوى والسن مدخل من جهة الزوج أيضاً فينبغي إعتبارها في حقه لأن الشاب يتزوج بأرخص من الطاعن في السن وكذا التقى بأرخص من الفاسق فإذا لم يوجد من يمثّلها من قوم أبيها في هذه الأوصاف من قبيلة قائل قبيلة أبيها في الشرف والرفعة وتعرض لها مهرها الذي تزوجت به لأنه هو مهر مثلها وعندما يرد إثبات مهر مثل امرأة يشترط إخبار رجلين عدلين أو رجل وأمرأتين عدول بأن يقولوا نشهد أن مهر مثلها مائة جنيه مثلاً لأن فلاتة التي هي من قبيلة أبيها تساويها في الأوصاف المعتمدة من كذا وكذا وقد تزوجت بهذا المبلغ ولما كانت هذه الأوصاف قلما تحدث في إمرأتين سواء كانت من قبيلة واحدة أو من قبيلتين فإن إتفق الزوجان على أن مهر مثلها مائة جنيه مثلاً فلا كلام لأن الزوج قد رضى يدفع هذا

للوارث فلا تصح شرعاً إلا بإجازة الورثة (٣٣).

مادة (٢٤) متى يجوز المطالبة بمؤخر الصداق؟

من المعروف فقهاً وشرعاً أن مؤخر الصداق يحل بأقرب الأجلين الموت أو الطلاق ففي الحالة الأولى وهي الموت فليس هناك خلاف في أنه يحل بالموت مباشرة ، أما في الحالة الثانية وهي الطلاق ، فهل يحل مؤخر الصداق بعد الطلاق مباشرة أم يحل بعد إنتهاء العدة ؟

للإجابة على هذا السؤال لابد من التفريق بين حالتين :

١- الحالة الأولى : وهو في الطلاق الرجعي ، ففي هذه الحالة لا يجوز المطالبة بمؤخر الصداق إلا بعد إنتهاء العدة لأن الزوج يجوز له مراجعة زوجته في أي وقت يشاء طالما أن عدتها لم تنقض بعد والزوجة في فترة عدتها تظل زوجة لها ما للزوجة من حقوق مثل نفقتها وملبسها ومسكنها ، فلا يحل لها المطالبة بمؤخر الصداق إلا بعد إنتضاء فترة عدتها . وقد أكدت هذا المعنى حكم

لمحكمة الجمالية للأحوال الشخصية في ١٦/٦/١٩٤٣ بتنها : " حصل خلاف في المذهب في الصداق المؤخر لأقرب الأجلين هل يحل بمجرد الطلاق الرجعي ؟ أم لابد من إنتضاء العدة ؟ فقد قال ابن عابدين جزء ٢ ص ٤٩٣ في باب المهر في مبحث منع الزوجة نفسها لقبض المهر ما نصه " وإختلف هل يتمحل المؤجل بالطلاق الرجعي مطلقاً أو إلى إنتضاء العدة كما هو مقول عامة المشايخ - وأوضح في هذه النصوص إن عامة المشايخ قد ذهبوا إلى أن المؤجل إلى أقرب الأجلين لا يتمحل بمجرد الطلاق بل لابد من إنتضاء العدة وهذا هو الذي عليه عمل المحاكم .

حق المطالبة بمؤخر الصداق المؤجل لأقرب الأجلين إنما يكون بعد الطلاق الرجعي وإنقضاء العدة . (٣٤)

هذا بالنسبة إلى الطلاق الرجعي الذي يوقعه الزوج .

أما الحالة الثانية :

إذا كان الطلاق طلاق بائن

قد أوقعه القاضي أو أوقعه الزوج أو الطلاق قبل الدخول أو المكمل للثلاث ، ففي هذه الحالات نحن نرى أنه يحق المطالبة بمؤخر الصداق من تاريخ الطلاق وذلك لزوال الملك والحل ولا يجوز له مراجعتها في حالة الطلاق البائن ببينة صغرى إلا بعقد ومهر جديد وفي حالة طلاقها طلاق بائن ببينة كبرى لا يجوز له مراجعتها إلا بعد زواجها بأخر وطلاقها منه فيجوز للزوج الأول مراجعتها بعقد ومهر جديدين ، فمحقق للزوجة أو وكيلها مطالبة الزوج بمؤخر الصداق من تاريخ الطلاق لزوال الملك والحل ، وقد حكمت بهذا المعنى محكمة " كفر الزيات " بقولها : الطلاق البائن يحل به مؤجل الصداق ولو قبل إنتضاء العدة لزوال الملك والحل ولم يحل خلاف ذلك بين الفقهاء ، لكن إذا كان مقسطاً على أقساط أو مؤجلاً إلى أجل فلا يحل إلا بحلول أقساطه أو أجله (ص ٤٥٠ جزء ٢ من حاشية ابن عابدين) (٣٥) .

بمادة (٢٥) أحكام سقوط

نصف الصداق :

من المعروف فقهاً وشرعاً إن المهر يجب في النكاح الصحيح بالعقد ، لأنه حكم من أحكام الزواج الصحيح ، ولكنه وجوب متوقف على شرط وهو الطلاق قبل الدخول والموت ، فإذا حدث وطلق الزوج زوجته قبل الدخول وسقط نصف المهر وذلك تطبيقاً لقول الله تعالى " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة ، فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ، وإن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير " .

فيتضح من هذه الآية سقوط نصف المهر إذا حصل الطلاق قبل الدخول ، وكان المهر مسمى ، وذلك بدليل قول النص القرآني " وقد فرضتم لهن فريضة " أي لابد أن يكون هناك صداق مسمى " .

وتصنيف المسمى بالطلاق قبل الدخول يتفق مع القواعد الفقهية ، لأن الطلاق قبل إستيفاء أى حكم من أحكام

العقد يشبه نقض العقد من أصله ، فيقتضى إلا يثبت أى حكم من أحكامه ، فلا يجب في المهر شيء ، ولكن الطلاق في ذاته ، إنهاء للعقد ، وليس نقضاً له ، وأن إنهاء العقد يقرر أحكامه السابقة على الإنهاء ولا يلغىها فكان بهذا النظر يجب أن يثبت المهر كله ، فكان من النظر لهذين المعنيين في غير ترجيح أحدهما على الآخر أن يجب نصف المهر إذ أن النظر الأول نفى المهر كله ، والثاني أثبتته كله ، فتوسطاً بين العاملين وجب النصف . (٣١)

أضف إلى ذلك أن وجوب نصف الصداق فيه معنى التيسير بإحسان الذي أمر به الله سبحانه في كتابه العزيز " وسرحوهن سراحاً جميلاً " لأن الفرقة قبل الدخول تخرج نفس المرأة ، فأوجب الله سبحانه نصف المهر ، ثم حث الرجل على إعطاء النصف الآخر إستيحاباً إذا لم يكن بالطلاق بطلبها ، ولذا قال تعالى : " وإن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم " .

وقد أفتت دار الإفتاء المصرية في الطلب رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٥ بهذا المعنى حيث قالت " المقرض فقهاً إنه إذا حصل طلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة فإن المهر جميعه عاجلة وأجله " ينتصف بين الطرفين ، فيكون من حق الزوجة شرعاً نصف جميع المهر ، ويكون من حق الزوج شرط أن يسترد ما زاد عن نصف جميع المهر ، لقوله تعالى في كتابه العزيز " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون " إلى آخر الآية ...

والمهر الذى ينتصف هو المهر المسمى في العقد الصحيح ، فإذا كان العقد فاسداً فإن المهر فيه لا يجب بالعقد وإنما بالدخول الحقيقي وهو لا ينتصف والعبارة بالمهر المسمى وقت العقد الصحيح ، فلا ينتصف ما سمي بعد العقد سواء بالإتفاق أو بالقضاء ، كأن يكون الرجل قد تزوج المرأة دون أن يسمى لها مهراً بالعقد ، ثم إنفق معها على مهر بعد ذلك أو يحكم لها

به ثم يطلقها قبل الدخول والخلوة ، وإلغا يجب لها في هذه الحالة المتعة (٣٧) ولكن ما هو الحكم إذا طلقها الزوج قبل الدخول ولم يكن قد فرض لها صداق ؟ ففي هذه الحالة يكون الواجب هو المتعة وذلك تطبيقاً لقول الله سبحانه وتعالى " ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن ، أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره ، وعلى المقتدر قدره ، متاعاً بالمعروف ، حقاً على المحسنين " . فالمتعة في هذه الحالة واجبة مقام نصف المهر وذلك هو رأى جمهور الفقهاء ما عدا الإمام مالك في قوله بأنها تكون مستحبة ، وذلك يخالف صريح النص القرآني ، والمتعة الواجبة عند الحنفية كمصرة كاملة للمرأة ونحن نرى أن المتعة في هذه الحالة حلاً أدنى وحلاً أقصى ، فالحد الأدنى هو ما لا يقل عن نصف الحد الأدنى للمهر وهو خمسة دراهم والحد الأقصى هو ما لا يزيد عن نصف مهر مثلها . والله أعلم .

مادة (٢٦) ما هي أحكام سقوط الصداق ؟

هناك ثلاثة أحوال يسقط فيها الصداق كلية وليس نصفه فقط ، وإن كانت تادئة المحدث في الحياة العملية ، وذلك لمخالفتها القوانين الوضعية الحديثة . فيسقط المهر كله إذا حدثت الفرقة قبل الدخول والخلوة في الأحوال الآتية :-

أولاً : إذا كان الفسخ من جانب الزوج وكان لإستعمال حق شرعى مثل الفسخ بخيار البلوغ أو خيار الإنفاقة ففي هذه الحالة يسقط المهر غير المؤكد بدخول حقيقى أو خلوة وذلك لأن هذا الفسخ كنقض للعقد من أصله ، وإذا كان النقص للعقد في أصله فإنه لا تترتب عليه إلتزامات ما لم يحصل دخول كما ذكرنا ، وأعتبر ذلك الفسخ كنقض للعقد في أصله ، لأن سبب الفسخ أمر يتصل بإنشاء العقد فإذا حدث الفسخ فقد إنسبط على العقد ككل ، فإذا أوجبت نصف الصداق بخيار البلوغ أو بخيار الإنفاقة لما كان لذلك فائدة بالنسبة للزوج .

ثانياً : أما إذا كان الفسخ أو الفرقة من جانب المرأة وكانت بمعية كردتها عن الإسلام أو رفضها الدخول في الإسلام أو أي دين سماوى آخر إن كانت مشركة وأسلم زوجها أو يكون حدث منها شيء مع أحد أصوله أو فروعه مما يؤدي إلى حرمة المصاهرة بينها وبين زوجها ، ففي كل هذه الحالات لا صداق لها وذلك عملاً بالمبدأ الإسلامى " إن العصية لا توجب حقاً " وذلك كله شريطة أن لا يتأكد المهر بدخول أو خلوة صحيحة .

ثالثاً : إذا كانت الفرقة من جانب الزوجة ولكنها إستعمالاً لحق شرعى منحه الشارع إياها وذلك كخيار البلوغ وخيار الإنفاقة فإنه حق لها كما هو حق للزوج كما سبق أن أوضحنا . ففي هذه الحالة يسقط كل الصداق . لأنه يعتبر كنقض للعقد من أصله هذا بالإضافة إلى أن سبب النقص جاء منها وبإرادتها بإستعمالها حقاً من حقوقها الشرعية فلا يجب لها شيئاً من المهر ، ما لم يكن هناك دخول حقيقى أو حكمى (٣٨) .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

- ١) أنظر في ذلك كتاب [حقوق المرأة في الزواج ، للشيخ محمد بن عمر الغزوي ، دار الاعتصام الطبعة الأولى سنة ١٩٨٩ .
- ٢) نفس المعنى المرجع السابق .
- ٣) شرح الأحكام الشرعية ، لمحمد زيد الإيماني بك .
- ٤) أنظر في ذلك كتاب مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية ، للمستشار أحمد نصر الجندى الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٦ .
- ٥) نفس المعنى وأجيب كتاب " حقوق المرأة في الزواج " للشيخ محمد بن عمر المزوي .
- ٦) كتاب مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية للمستشار / أحمد نصر الجندى ، الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٦ .
- ٧) المرجع السابق الإشارة إليه .
- ٨) المرجع السابق الإشارة إليه .
- ٩) المرجع السابق الإشارة إليه .
- ١٠) المرجع السابق الإشارة إليه .
- ١١) كتاب الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة ، ص ١٧٠ بتصرف .
- ١٢) جاءت هذه الإجابة رداً على سؤال التالى " رجل تمهد لإبنته مبلغ من النقود بصفة دويلة حسب عرايد المسيحية في الزواج يدفعه لها عند زواجها لتشتري به عقاراً لها على شرط إنه إذا مات قبلها يخضم من نصيبها في تركته وقد تزوجت قبل أن تهتدى على العقار اللازم شراءه ، فإلتحق الطرفان على بقاء مبلغ الدويلة تحت يد الوالد إلى وقت الطلب لشراء العقار وقد أستمر الوالد هذا المبلغ ودفع لإبنته ما إستحق لها من ثمرته مدة - ثم ماتت البنت عن زوجها ووالدها ما يخصها في المبلغ المذكور ، أو يجرى للوالد أن يدفع أن إبنته لم تملكه لعدم القبض قبل وفاتها .
- ١٣) كتاب الأحوال الشخصية لأحمد نصر الجندى السابق الإشارة إليه .
- ١٤) المرجع السابق .
- ١٥) المرجع السابق الإشارة إليه .
- ١٦) المرجع السابق الإشارة إليه .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

١٧) كتاب الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة .

١٨) المرجع السابق يتصرف .

١٩) المرجع السابق .

٢٠) المرجع السابق .

٢١) المرجع السابق .

٢٢) كتاب مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية للمستشار أحمد نصر الجندى الطبعة الثالثة ١٩٨٦ .

٢٣) أنظر في ذلك الفتاوى الهندية الجزء الأول ص ٣٠٩ .

٢٤) أنظر معنى المحتاج الجزء الثالث ص ٧٢٦ .

٢٥) كتاب الأحوال الشخصية للإمام محمد أبو زهرة .

٢٦) راجع في ذلك قصة الواقعة .

٢٧) جامع الزملى الجزء الرابع ص ٤٩ .

٢٨) كتاب مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية للمستشار أحمد نصر الجندى .

٢٩) أنظر في ذلك موسوعة الأحوال الشخصية لمستشار / معوض عبد التواب .

٣٠) راجع الأحكام الشرعية لمحمد زيد الإنباتى بك .

٣١) راجع كتاب مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية السابق الإشارة إليه .

٣٢) راجع في ذلك ابن عابدين كتاب النكاح باب المهر وكتاب الأحوال الشخصية للإمام أبو زهرة .

٣٣) راجع في ذلك كتاب حقوق الأسرة في الإسلام للدكتور يوسف قاسم .

٣٤) كتاب مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية للمستشار أحمد نصر الجندى .

٣٥) المرجع السابق .

٣٦) كتاب الأحوال الشخصية للإمام أحمد أبو زهرة .

٣٧) كتاب موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية للمستشار محمد عزمى البكرى .

٣٨) راجع في ذلك كتاب الأحوال الشخصية لأبو زهرة ص ٧٠٤ ، ٧٠٥ ، ٧٠٦ .

مقدمة :

يكتسب الحجز الإدارى أهميته فى العمل من أنه وسيلة تنفيذ غير عادية بيد جهة الادارة ففى التى تقدر دينها ثم تقوم بتوقيع الحجز الإدارى على المنقول لبيعه أو على العقار لنزع ملكيته استيفاء لهذا الدين فما هى الضمانات المقررة للمحجز عليه أو بالأحرى ماهى شروط صحة هذا الحجز التى إن تخلفت أمكن للمحجز عليه التمسك ببطالان الحجز .

خطه البحث :

ينهى بدهاء بيان طبيعه الحجز الإدارى ثم الشروط اللازمة لصحة الحجز الإدارى وتشمل الشروط العامة أو الموضوعية ثم الشروط اللازمة لصحة الحجز الإدارى على المنقول وحجز ما للمدين لدى الغير وشروط صحة الحجز الإدارى على العقار وجزء

تخلف هذه الشروط ثم سقوط الحجز الإدارى ثم بيان منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية بشأن المحجز الإدارى ومدى اختصاص المحاكم العادية بها وبيان مدى الأثر الواقف للإشكال الوقتى فى المحجز الإدارى .

طبيعة الحجز الإدارى :

استقرت أحكام محكمة النقض الى أن المحجز الإدارى لا تمتنع قرارات ادارية ومن ثم تختص المحاكم العادية بالمنازعات الخاصة باجراءاتها أو بالفائتها أو عدم الاعتداد بها أو وقف إجراءات البيع الناشئة عنها أسوة بالمنازعات المتعلقة بالمحجز القضائية (١) .

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا الى أن إجراءات الحجز والبيع الادراى كما نظمها القانون ٣-٨ لسنة ١٩٥٥ لا تعدو أن تكون نظاماً خاصاً

وضعه الشارع لتحقيق المستحقات التى للحكومة فى ذمة الافراد راعى فيه التبسيط والسرعة وقلة النفقات مستبدلاً إياه بنظام قانون المرافعات للإعتبارات المذكورة يقطع فى ذلك نص المادة ٧ من القانون سالف الذكر التى تقضى بأنه فيما عدا ما نص عليه فيه تسرى جميع أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية التى لا تتعارض مع أحكام القانون المشار إليه (٢) .

والحجز الإدارى طريق إختيارى للشخص المعنوى العام أن يلجأ اليه إذا أراد ألا يلجأ الى قواعد التنفيذ فى قانون المرافعات فهو ان شاء اتبع إجراءات الحجز الإدارى وان أراد اللجوء الى الطريق العادى كان عليه سلوك طريق الحجز القضائى المنصوص عليه فى قانون المرافعات المدنية والتجارية (٣) .

الشروط اللازمة لصحة الحجز الإدارى :

يمكن تقسيم هذه الشروط إلى شروط عامة فى الحق المحجوز لأجله وهى شروط مروضية تتصل بأصل الحق ويشترط توافرها فى جميع أنواع المحجوزات الادارية سواء كان الحجز على المنقول أو حجز ما للمدين لدى الغير أو الحجز الإدارى على العقار .

والطائفة الثانية هى شروط خاصة تتعلق بإجراءات كل نوع من المحجوزات على حده وهى شروط شكلية تتعلق بالإجراءات ويلزم بيان كل نوع على حده :

الشروط العامة أو الموضوعية :
يشترط أولاً أن يكون الدين المحجوز لأجله من الديون الواردة على سبيل الحصر فى المادة الأولى من قانون الحجز الإدارى رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ وهذه الديون هى :-

١ - الضرائب والائتمانات والرسوم بجميع أنواعها .

٢ - المبالغ المستحقة للدولة مقابل خدمات عامة .

٣ - المصروفات التى تبذلها

الدولة نتيجة أعمال أو تدابير تقضى بها القوانين .

٤ - الغرامات المستحقة للحكومة قانوناً .

٥ - إجراءات أملاك الدولة الخاصة ومقابل الإبتفاع بأملكها العامة سواء فى ذلك ما كان بمقد أو مستغلاً بطريق الحفية .

٦ - أئمان أطيان الحكومة المبيعة وملحقاتها وقواتها .

٧ - المبالغ المختلصة من الأموال العامة .

٨ - ما يكون مستحقاً لوزارة الأوقاف وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة من المبالغ المتقدمة وكذلك ما يكون مستحقاً لوزارة الأوقاف يصفيتها ناهراً أو عارساً من إجراءات أو أحكاماً وأئمان الإستبدال للأطيان التى تديرها الوزارة .

٩ - المبالغ المستحق للبنوك التى تساهم الحكمة فى رؤوس أموالها بما يريد على النصف .

١٠ - المبالغ الأخرى التى نصت القوانين الخاصة بها على تحصيلها بطريق الحجز الإدارى .

ومن الواضح أن المادة الأولى حددت تلك المستحقات على سبيل الحصر بما يوجب الإلتزام بها ويقواعد التفسير الضيق وعدم القياس .

بطلان محض الحجز لتوقيعه
استيفاء الدين غير محقق الوجود أو غير معين المقدار أو غير حال الأداء :

تنص المادة ٧٥ من القانون ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ بشأن الحجز الإدارى بأن تسرى على الحجز الإدارى جميع أحكام قانون المرافعات التى لا تتعارض مع أحكام ذلك القانون ويشترط فى الحق الذى يمكن اقتضائه جبراً وفقاً لأحكام المادة ٢٨٠ من قانون المرافعات أن يكون محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء وإذا كان تقدير توافر هذه الشروط هو ما يدخل فى حدود سلطة محكمة الموضوع متى كان قضاؤها يقوم على أسباب سائفة وكان يبين بما أورده الحكم أن محكمة الموضوع فى حدود سلطتها أنهت للأسباب السائفة التى أوردها الى أن الحق المحجوز وفاء له متنازع فى

رتبه في ذمة المظنون عليه الأول بالإضافة إلى أن الحق قدره غير معين وذلك بسبب عدم التحقق من عدد العمال الذين يستخدمهم ومقادير أجورهم ومدد عملهم مما لا يتيسر معه معرفة المبالغ التي يلتزم بأداؤها طبقاً لقانون التأمينات الاجتماعية .

إذا كان الدين بهذه المثابة يعتبر غير محقق الوجود وغير معين المقدار فلا يجوز توقيع الحجر وفاء له (٤) .

(١) نفس ١٩٧٢/١/١٢ بمسرح أحكام

القبض ٢٣ ص ٤٤

بطلان الحجر الإداري لتوقيعه بغير تفويض كتابي من رئيس المصلحة أو من ينييه في توقيع الحجر :

تنص المادة الثانية من القانون ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ : (لا يجوز اتخاذ إجراءات الحجر إلا بناءً على أمر مكتوب صادر من الوزير أو رئيس المصلحة أو المدير أو ممثل الشخص الاعتباري العام حسب الأحوال أو من ينييه كل من هؤلاء في ذلك كتابة) .

عنى المشرع إزاء ما للحجز الإداري من أهمية بعدم ترك أمر توقيعه في يد سائر الموظفين حتى لا يساء استخدام سلطتهم في ذلك بل اشترط أن يصدر الأمر كتابه من الوزير أو رئيس المصلحة أو ممثل الشخص الاعتباري أو من ينييه لأن هذا الأمر يكون بمثابة السند التنفيذي الذي يوقع الحجر اقتضاء له وهو خروج على قاعدة عدم إفراد الدائن بتقدير دينه وهذا النص جاء على سبيل الاستثناء من هذه القاعدة فلا يجوز القياس عليه أو التوسع فيه .

ومن ثم فإن البطلان بشوب محضر الحجر حال توقيعه بغير تفويض كتابي من رئيس المصلحة أو من ينييه في ذلك .

وقد قضى بطلان أمر الحجر الإداري الصادر من لا يملكه في حكم المادة الثانية من قانون الحجر الإداري وجاء بأسباب هذا الحكم . (وحيث أن هيئة التأمينات الاجتماعية تقاعست عن إيداع أمر ومحضر الحجر الإداري موضوع النزاع رغم

تأجيل الدعوى لها لهذا السبب الأمر الذي تستظهر منه المحسنة أن توقيع الحجر الإداري ما للمدين لدى الغير قد وقع بناءً على طلب مدير مكتب طنطا ثان ومن ثم يكون أمر الحجر الإداري قد صدر باطلاً ومن لا يملكه لأنه عملاً بنص المادة ٢ من قانون الحجر الإداري رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ (يجوز اتخاذ إجراءات الحجر الإداري بناءً على أمر مكتوب صادر من الوزير) . ولما كان رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية هو الذي يمثلها قانوناً عملاً بنص المادة ٩ من القانون ٦١ لسنة ١٩٦٣ الخاص بالهيئات وبناءً على ذلك أصدر القرار رقم ٢١ لسنة ١٩٦٣ المنشور بالوقائع المصرية ١٩٦٤/١/٢٠ بتفويض مراقبي المناطق ورؤساء المكاتب بعد موافقة المراقب العام في إصدار أوامر الحجر وبالتالي يكون الحجر الإداري محل هذه الدعوى وقد صدر عن رئيس مكتب طنطا ثان وقد جاء مخالفاً لأحكام المادة ٢ من قانون الحجر الإداري رقم ٣٠٨

لسنة ١٩٥٥ والقرار رقم ٦٣ الصادر من رئيس مجلس إدارة الهيئة والذي فسّو مراقبوا المناطق ورؤساء المكاتب بعد موافقة المراقب العام في إصدار أوامر الحجز .

ومن ثم يكون الحجز الإداري محل هذه الدعوى قد جاء مخالفاً لأحكام القانون الأمر الذي يشكل عتبة مادية تعترض حقوق المحجوز عليه في المال المحجوز (١) .

(خطبة للأمر المستعجلة ١٩٦٨/٤/٣٠)
التضحية ٢١١ لسنة ١٩٦٧) .

بطلان الحجز الإداري لتوقيعه على مال لا يجوز الحجز عليه :

يشترط في المال الذي يصح أن يكون محلاً للحجز أن يمكن التصرف فيه لأن التنفيذ يرمى إلى بيع المال فالجهة الدائنة لا تستطيع أن تهل محل الدين في التصرف في المال إذا كان لا يجوز للمدين نفسه أن يتصرف فيه ومثال للأموال التي لا يجوز التصرف فيها :

١ - ما يلزم المدين وأسرته من فراش وثياب وكذلك

ما يلزمهم من الغداء لمدة شهر .
نصت على ذلك المادة ٣٠٥ مرافعات إذ قضت (لا يجوز الحجز على ما يلزم المدين وزوجه وأقاربه وأصهاره على عمده النسب المقيمين معه في معيشته واحدة من الفراش والثياب وكذلك ما يلزمهم من الغداء لمدة شهر) .

ويشترط في الفراش والثياب أن تكون لازمة للمدين ويقدر هذا اللزوم بحسب الحالة الاجتماعية والصحية للمدين .

ويقصد بالإقامة مع المدين للتأرب والأصهار الإقامة المستمرة .

٢ - أدوات المهنة : ويشترط لعدم جواز الحجز على الأشياء اللازمة لمزاولة مهنة المدين أو حرفته أن تكون هذه الأشياء مما يستعمله المدين بنفسه في عمله وأن تكون هذه الأشياء من الأدوات الضرورية اللازمة لمزاولة مهنة المدين .

٣ - أثاث الماشية اللازمة لانتفاع المدين في معيشته هو وأسرته وما يلزم لغذاء هذه

الماشية لمدة شهر . نصت على ذلك المادة ٣٠٦ مرافعات بقولها . (لا يجوز الحجز على الأشياء الآتية إلا لإقتضاء ثمنها أو مصاريف صيانتها أو نفقة مقررة :

أ - ما يلزم المدين من كتب وأدوات ومهمات لمزاولة مهنته أو حرفته بنفسه .

ب - إناث الماشية اللازمة لانتفاع المدين في معيشته هو وأسرته وما يلزم لغذاء هذه الماشية لمدة شهر) . ومن الواضح أن نطاق المظفر لا يشمل إقتضاء ثمن هذه الأشياء أو مصاريف صيانتها أو النفقة المقررة .

٤ - المبالغ المخصصة لنفقة المدين في حدود الرابع : نصت على ذلك المادة ٣٠٧ مرافعات : (لا يجوز الحجز على ما يحكم به القضاء من المبالغ المقررة أو المرتبة للنفقة ولا على الأموال الموهوبة أو الموصى بها لتكون نفقة إلا بقدر الربع وفاء لدين نفقة مقررة) .

٥ - الماهيات والممتلكات والأجود في حدود الربع : نصت

المادة ١١١ لسنة ١٩٥١ معدلة
بالقانون ٦٤ لسنة ١٩٧٣
بقولها (لا يجوز اجراء خصم
أو توقيع حجز على المبالغ
الواجبة الأداء من
الحكومة والهيئات العامة
والمؤسسات العامة والوحدات
الاقتصادية التابعة لها الى
العامل مديناً كان أو عسكرياً
بصفة مرتب أو أجر أو راتب
اضافى أو حق في صندوق
ادخار أو معاش أو مكافأه
أو تأمناً مستحقاً طبقاً لقوانين
التأمين والمعاشات أو أى رصيد
من هذه المبالغ الا بمقدار الربع
وذلك وفاة لنفقة محكوم بها من
جهة الاختصاص أو لأداء
ما يكون مطلوباً لهذه الجهات
من العامل بسبب يتعلق بأداء
وظيفته أو لاسترداد ما صرف
إليه بغير وجه حق من المبالغ
المذكورة أو بصفة بدل سفر أو
اغتراب أو بدل تقميل أو لمن
عهدة شخصية وعند الترامح
تكون الأولوية لدين النفقة) .

٦- الملكية الموزعة وفقاً
لقانون الإصلاح الزراعى : وفقاً
للمادة ١٦ من قانون الإصلاح
الزراعى لا يجوز التنفيذ على

ما يسوز على الفلاحين من
الأرض المستولى عليها وذلك
قبل الوفاء بتمنئها كاملاً .

٧ - الودائع فى صندوق
التوفير : م/٢٠ من القانون
٨٦ لسنة ١٩٥٤

٨ - شهادات الاستثمار :
م/٣ من القانون ٨ لسنة
١٩٦٥ .

**جزاء مخالفة عدم جواز
الحجز على بعض الاموال :**

يترتب على مخالفة أحكام
القانون فيما يتعلق بعدم جواز
الحجز على بعض الاموال
والحقوق بطلان الحجز الواقع
على ما لا يجوز حجزه والزام
الحاجز بالتعويض أن كان له
مقتضى . وتارة يكون البطلان
كلياً اذا صادف وقوع الحجز كله
على ما لا يجوز حجزه وتارة
يسكون جزئياً اذا وجد من بين
ما حجز أشياء لا يصح حجزها
فيبطل الحجز بالنسبة لما
لا يصح حجزه ويبقى صحيحاً
فيما عدا ذلك (١٦) وقد يكون
البطلان متعلقاً بالنظام العام
فيكون على المحكمة أن تحكم
به من تلقاء نفسها وقد لا يهم

الا شخص المحجوز عليه
فلا يكون لغيره أن يتمسك به
ولا يمكن وضع قواعد ثابتة فى
هذا الموضوع فيما لم ينص عليه
القانون صراحة بل يترك الفصل
فيه للقضاء ليفحص كل حالة
على حدة ويقرر ما اذا كان عدم
جواز الحجز متعلقاً بالنظام العام
أم لا .

**بطلان الحجز الإدارى لأغفل
بياناته الجوهرية :**

تنص المادة ٤ (يعلن مندوب
الحاجز الى المدين أو من ينوب
عنه تنبهاً بالأداء وإنذاراً
بالحجز ويشرع فوراً فى توقيع
الحجز مصحوباً بشاهدين ويوضح
محضر الحجز قيمة المبالغ
المطلوبة وأنواعها وتواريخ
استحقاقها ووصف المكان الموجودة به
المتعلقات المحجوزة وصفاً دقيقاً) .

جزاء تخلف هذه البيانات :

يترتب جزاء البطلان إعمالاً
للقاعدة الأساسية فى البطلان
التي نصت عليها المادة ٢٠
مرافعات والتي مقتضاها أن
يكون الإجراء باطلاً اذا شابه
عيب لم تتحقق بسببه الغاية من
الاجراء .

وقد رسم المشرع خط السير الذي يسلكه من يباشر حجز المنقول إدارياً لدى المدين في المراحل الآتية :

(أ) قبل الشروع في الحجز يقوم مندوب الحاجز بإعلان المدين أو مندوبه تنبيهاً يسمى (التنبيه بالأداء مع إنذاره بالحجز) .

(ب) إذا لم يعلن المدين أو مندوبه لهذا التنبيه مع الإنذار يبادر مندوب الحاجز الى توقيع الحجز بما يقتضيه هذا من بيان الأموال المراد الحجز من أجلها وحصر وتحديد للمنقولات المراد الحجز عليها وتعيين حارس عليها (المادتان ١١ ، ١٢ من قانون الحجز الإداري) وتحديد اليوم والمكان الذي سيجرى فيه بيعها ثم تحرير محضر توضع فيه المخطوات المختلفة التي إتممت في هذا الحجز وتسليمه الى المحجز عليه أو مندوبه (٧) ولا يعتبر توقيع المدين رضاء منه بالسند الذي يتم التنفيذ بمقتضاه ولا نزولاً عن حسب الاعتراض على هذا السند ولا نزولاً عن التمسك ببطلاق إجراءات الحجز (٨)

فإذا رفض المدين أو من يقوم مقامه التوقيع أثبت ذلك في المحضر وأكتفى بتوقيع مندوب الحاجز والشاهدين .

ولا يقتضى الحجز نقل الأشياء المحجوزة من موضعها ويجب أن يحرر محضر الحجز في مكان توقيعه والا كان باطلا (م ٣٥٣ مرافعات) ويستثنى من ذلك ما نصت عليه المادة ٩ من جواز نقل المحجوزات اذا كانت من المصوغات أو السبائك أو المجوهرات (٩) .

بطالان الحجز الإداري في حالة كسر الأبواب أو نفض الاقفال بالقوة بدون حضور أحد مأموري الضبط القضائي وعدم توقيعه :

وتبت جزاء البطالان على هذه المخالفة المادة من قانون الحجز الإداري بقولها (لا يجوز المندوب الحاجز كسر الأبواب أو نفض الاقفال بالقوة لتوقيع الحجز إلا بحضور أحد مأموري الضبط القضائي ويجب أن يوقع هذا المأمور على محضر الحجز (والا كان باطلاً) .

وعلة اشتراط حضور مأمور

الضبط القضائي عند اتخاذ هذا الاجراء واشتراط توقيعه على المحضر هو خطورة الاجراء ذاته بنفض الاقفال أو كسر الأبواب بالقوة ومن ثم لم يمنح المشرع مندوب الحجز الإداري صفة الضبطية القضائية لشبهة إساءة استعمال السلطة ومن ثم إشتراط وجود وجود مأمور ضبط قضائي لضمان سلامة الاجراء .

سقوط الحجز الإداري :

تنص المادة ٢٠ من قانون الحجز الإداري : (يعتبر الحجز كأن لم يكن اذا لم يتم البيع خلال ستة أشهر من تاريخ توقيعه الا اذا كان البيع قد أوقف باتفاق طالب الحجز والمدين أو مرافقة الحاجز على تبسيط المبالغ المستحقة أو لوجود نزاع قضائي أو بحكم المحكمة أو يقتضى القانون أو لإشكال آثاره المدين أو الغير أو لعدم وجود مشتر للمنقول المحجز). تنهى المشرع في هذه المادة مبدأ سقوط الحجز والعلة في ذلك ألا تتأيد المحجوز وتخذها الدائنين وسيلة تهديد مستمرة للمدين فاذا تأخر البيع

عن المعاد المنصوص عليه في المادة ٢٠. اعتبر المحجز كأن لم يكن وزالت آثاره بأثر رجعي فتصبح تصرفات المدين نافذة في حق الجهة المحجزة منذ البداية . وغنى عن البيان أن السقوط المنصوص عليه في المادة ٢٠ خاص بمحجز المنقول لدى المدين فلا ينطبق في حالة المحجز العقاري (١٠٠) .

وبدأ حساب معاد السقوط من تاريخ توقيع المحجز كمبدأ عام ويعتبر المحجز كأن لم يكن إذا لم يتم البيع خلال ستة أشهر من تاريخ توقيعه فالواقعة أُلغيت لسقوط المحجز هي مجرد واقعة سلبية بعدم اتمام بيع المحجوزات في المدة المشار إليها (١٠١) .

والأصل أنه لا يكفي أن يحدد يوم البيع خلال هذه المدة بل يجب أن يتم البيع فعلاً قبل انقضاءها ذلك أن المادة ٢٠ تنص صراحة على أن المحجز يعتبر كأن لم يكن إذا لم يتم البيع خلال ستة أشهر . وترد على هذه القاعدة عدة استثناءات أوردها نص المادة

٢٠ وفيها يبقى المحجز ولا يسقط لمجرد تحديد يوم البيع خلال الستة أشهر ولو لم يتم البيع فعلاً وهذه الحالات هي :

١ - إذا إتفق طالب المحجز والمدين على إيقاف البيع .

٢ - إذا وافق المحجز على تبسيط المبالغ المستحقة .

٣ - إذا قام نزاع قضائي أعمالاً لنص المادة ٢٧ التي تنص ١ يترتب على رفع الدعوى بالنازعة في أصل المبالغ المطلوبة أو في صحة إجراءات المحجز أو باسترداد الأشياء المحجزة وقف إجراءات المحجز والبيع الإداريين وذلك إلى أن يفصل نهائياً في النزاع .

٤ - إذا حكمت المحكمة بوقف المحجز بناء على طلب المحجز عليه .

٥ - إذا استشكل المدين أو الغير في المحجز الإداري .

٦ - لعدم وجود مشتر للمنفق المحجوز عليه .

٧ - إذا صادف آخر يوم عطلة رسمية فيمتد معاد البيع

إلى أول يوم عمل بعد انتهاء العطلة .

٨ - مواعيد المسافة المنصوص عليها في المادة ١٦ مرافعات .

وقد قضت محكمة النقض أن البطلان المقرر بالمادة ٢٠ من قانون المحجز الإداري وإن كان يقع بقوة القانون إلا أنه لا يتعلق بالنظام العام فهو مقرر لمصلحة المدين فيسقط حقه في التمسك به إذا تنازل عنه بعد إكتسابه أو إذا رد على الإجراء بما يذلل على أنه اعتبره صحيحاً عملاً بنص المادة ٢٢ مرافعات فإذا تضمنت المغالصة المقدمة من المشتري قبول استمرار المحجز والحراسة فهذا يعني نزوله عن التمسك بسقوط المحجز الذي كان قد أكتسب الحق فيه طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٧ مرافعات (١١١) .

شروط صحة المحجز الإداري على ما للمدين لدى الغير :

أشار قانون المحجز الإداري في المواد من ٢٨ حتى ٣٥ منه إلى شروط وإجراءات معينة يتعين إتباعها في حجز

شروط صحة الحجز الإداري على العقار :

أشار قانون الحجز الإداري في المواد من ٤٠ حتى ٧٤ منه الى شروط وإجراءات معينة يتعين إتباعها في الحجز الإداري على العقار ورتب على مخالفة بعض هذه الشروط بطلان الحجز .

وتخلص هذه الشروط فيما يلي :

(١) الشروط الواجب توافرها في المال المحجوز :

يتعين أن يكون المال المحجوز عليه عقاراً ويرجع في تعريف ما هو عقار الى القواعد العامة في القانون المدني .

وتكون الإجراءات مشوبة بالبطلان اذا توقع حجز المنقول على العقار أو توقع حجز عقارى على المنقول .

(ب) الإجراءات التي تتبع في هذا الحجز :

يسبق توقيع الحجز العقارى إعلان يوجه من مندوب الحاجز الى المحجوز عليه مالك العقار

مرتبتها أو ممتازاً ويستوى في هذا أيضاً أن يكون المحجوز عليه مديناً بصفة أصلية أو بصفة تبعية كالضامن غير المتضامن .

ويشترط في الحاجز أيضاً أن يكون دائناً وقت الحجز فان لم يثبت له هذه الصفة إلا بعد الحجز ولو قبل تمام الاجراءات كان الحجز باطلاً .

ويشترط في المحجوز عليه أن يكون مديناً شخصياً للحاجز ومالكاً للمنقولات المراد حجزها في حيازة الغير . لذلك فان المحجوز عليه قد يكون هو المدين الأصلي للحاجز أو هو كفيل المدين الاصلى أو وارثه أو موصى له منه بجزء من التركة .

ويشترط في المحجوز لديه أن يكون مديناً وقت الحجز للمحجوز عليه وتؤخذ المديونية هنا بمعناها الراسع بحيث تشمل من يكون ملزم للمحجوز عليه بنقل ملكية شيء لم تنتقل ملكيته بعد كتقوده وغيرها من المثليات المعينة بنوعها .

ما للمدين لدى الغير ورتب على مخالفة بعض هذه الشروط بطلان الحجز الإداري وتخلص هذه الشروط فيما يلي :

(١) الشروط الواجب توافرها في المال المحجوز عليه :

يتعين أن يكون المال المحجوز دينةً للمحجوز عليه في ذمة المحجوز لديه أو منقولاً له في حيازة المحجوز لديه فان كان المال عقاراً ولو في حوزة الغير فلا يجوز حجز ما للمدين لدى الغير بل حجز العقار وأن كان منقولاً في حوزة المدين نفسه فانه يجوز المنقول لدى المدين لا حجز ما للمدين لدى الغير وأن كان منقولاً للمحجوز عليه في حوزة الغير تمين حجزه حجز ما للمدين لدى الغير دون حجز المنقول لدى المدين وكل مخالفة في هذا الشأن تصم الاجراءات بالبطلان (١٧)

(ب) الشروط اللازم توافرها في الحاجز والمحجوز عليه والمحجوز لديه :

يشترط في الحاجز أن يكون دائناً للمحجوز عليه يستوى في هذا أن يكون دائناً عادياً أو

ويوقع الحجز بحضور شاهدين ويجوز عند الإقتضاء الإستعانة بواحد من أهل الخبرة أو مساح لمساحة العقار وتحديد وتعيينه ولندوب الحاجز الحق في دخول العقار للحصول على البيانات اللازمة لوصفه ووصف مشتملاته وله أن يستصحب من يعاونه في ذلك ولا يجوز منعه من الدخول لأداء هذه المأمورية وعلى جهات الإدارة تكمينه من أداء مأموريته عند الإقتضاء .
٤١/م ولندوب الحاجز أن يعين على المقاررات جارساً أو أكثر ويجوز أن يكون الجارس هو المالك أو الخازن ٤٣/م .

إشهار محضر الحجز العقاري :

يشهر محضر الحجز العقاري الذي يوقع لدين من الديون المستحقة غير الديون المتأخرة بكتب الشهر العقاري المختص على نفقة المحجوز عليه)
٤٤/م .

وتستثنى المادة ٤٤ الديون المتأخرة من ضرورة إشهار محضر الحجز الموقع استيفاء لها والديون المتأخرة نص عليها

وما لقيه من العقبسات أو الاعتراضات أثناء الحجز .

٨ - اسم كل من الشاهدين وعنوانه وتوقيع كل منهما على محضر الحجز .

٩ - توقيع المندوب الذي أوقع الحجز .

وتشترط المادة ٤٠ ويشتمل الإعلان على بيان المبالغ المطلوبة وأنواعها وتواريخ استحقاقها ووصف العقار أو المحل أو الأعمال المستحقة عليها هذه المبالغ وذلك ببيان موقعه بايضاح حدوده واسم الحوض ورقعه اذا كان أرضاً زراعية واسم القسم أو الشارع أو الحارة ورقم الملك اذا كان عقاراً في المدن وغير ذلك من البيانات التي تفيد في تعيينه) .

ثم يقوم مندوب الحاجز بتوقيع الحجز بعد مضي شهر على الأقل من تاريخ إعلان التنبيه والانتذار والا اعتبر الحجز كأن لم يكن .

ويجوز توقيع الحجز قبل الميعاد المذكور اذا طلب المدين ذلك .

أو الى واضع اليد عليه ولا يعتبر هذا الإعلان حجزاً وإن كان يعتبر بدء التنفيذ على العقار وبعد ذلك يوقع الحجز على المقار بعد مضي شهر من إعلان التنبيه والانتذار .
والا اعتبر الحجز كأن لم يكن ٤١/م ويتعين حتى يؤدي محضر الحجز غايته أن يتضمن فظلاً من البيانات المشار إليها في المادة ٤٠ بيانات أخرى ضرورية هي :

١- تاريخ توقيع الحجز .

٢ - بيان الجهة الحاجزة وأسم مندوبها ولقبه ووظيفته .

٣ - اسم المدين ولقبه ووظيفته أو مهنته وعنوانه .

٤ - صورة من أمر الحجز وبيان المبالغ المطلوبة ووصف العقار محل الحجز وصفاً دقيقاً .

٥ - تحديد ثمن العقار وهو الثمن الأساسي الذي تبدأ به الزيادة .

٦ - تحديد يوم البيع وساعته .

٧ - بيان ما قام به مندوب الجهة الحاجزة من الإجراءات

والبيع الإداريين على العقار
موضوع الإجراءات. (١٤)

ويقتصر واجب الإعلان على
هؤلاء فلا يجب اخبار المدين أو
الحائز أو الدائنين الحاجزين
الآخرين غير مباشرى الإجراءات
كما لا يجب اخطار مشتري
العقار من المدين بعقد غير
مسجل (نقض مدني ١/٢٢
سنة ١٩٧٠ مجموعة النقض
٢١ ص ١٤٩) .

ويجب أن يحصل الإعلان
خلال شهر من تاريخ الحجز اذا
كان الحجز مقابل ديون ممتازة أو
من تاريخ تسجيل محضر الحجز
اذا كان الحجز مقابل ضرائب أو
مطلوبات أخرى ولا يكفي لذلك
مجرد تسجيل الإعلان في
مصلحة البريد كما أن معاد
الشهر لا يضاف اليه معاد
مساقة .

إخطار مكتب الشهر العقاري
بالحصول إعلان الدائنين :

يخطر الحائز مكتب الشهر
العقاري بالحصول الإعلان
المنصوص عليه في المادة ٤٨
مع ارسال نسخة من محضر
الحجز وذلك خلال الثمانية

ومع ذلك ينفذ التصرف أو
الرهن أو الاختصاص أو الامتياز
المشار اليه إذا قام دور الشأن
قبل اليوم المعين للبيع بإيداع
المطلوبات والمصروفات المستحقة
بأكملها حتى نهاية الشهر الذي
تقع فيه جلسة البيع خزانة الجبهه
الإدارية الحاجزة أو خزانة
المحافظة أو المديرية التي يقع
في دائرتها البيع مع اعلان
المحافظ أو المدير بذلك فان لم
يحصل الإيداع قبل ايقاع البيع
فلا يجوز لأن سبب منح معاد
للقيام به م/٤٧ .

إعلان اصحاب الحقوق
العينية :

أوجب المشرع في الفقرة
الاول من المادة ٤٨ إعلان
محضر الحجز إلى اصحاب
الحقوق العينية الموقعة على
العقار المحجوز والمشهرة قبل
توقيع الحجز الإداري مقابل
ديون ممتازة أو قبل تسجيل
محضر الحجز الإداري مقابل
ضرائب أو مطلوبات أخرى
والغرض من هذا الإعلان هو
تكوين كل من يهمه الأمر العلم
بالبدء في إتخاذ إجراءات الحجز

المشرع في المادة ١١٣٩ من
القانون المدني وهي :

١ - المبالغ المستحقة للخزانة
العامة من ضرائب ورسوم وحقوق
أخرى من أى نوع كان يكون
لها إمتياز بالشروط المقررة في
القوانين والأوامر الصادرة في
هذا الشأن .

٢ - وتستوفي هذه المبالغ من
ثمن الاموال المثقلة بهذا الامتياز
في أية يد كانت قبل أى حق
آخر ولو كان ممتازاً أو مضموناً
برهن رسمي عند المصروفات
القضائية .

وليس هناك ما يمنع من قيام
الجهة الحاجزة بدين ممتاز من
شهر محضر الحجز العقاري .

عدم نفذ التصرف في العقار
المحجوز :

لا ينفذ تصرف المدين أو
الحائز على العقار المحجوز ولا
ما يترتب عليه من وهن أو
إختصاص أو إمتياز في حق
الحائز ولا في حق الراسى عليه
المسراد اذا كان التصرف أو
ما رتبته المدين قد حصل شهره
بعد تسجيل محضر الحجز على
العقار وقاء المطلوبات أو ديون
أخرى لا إمتياز لها .

الأيام التالية لتاريخ آخر اعلان للدائنين أو للنيابة .

وعلى الموظف المختص بكتب الشهر العقاري أن يؤشر بحصول هذا الاعلان على هامش قيود الدائنين والتوقيع على نسخة المحضر بما يفيد ذلك ثم يعيده الى المحجز خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ وصول إخطار المحجز إليه ويصبح جميع الدائنين من تاريخ التأشير بحصول اعلاتهم طرفاً في الإجراءات م/٤٩ .

تطبيق صفة إجراءات الحجز :
بعد إنتهاء إجراءات المحجز العقاري وقبل الشروع في اجراءات البيع يكون على الجهة المحجزة مراجعة الإجراءات المتخذة خاصة ما يلي :

١ - طلب شهادة عقارية تكميلية حتى تاريخ توقيع المحجز أو تسجيله حسب الأحوال .

٢ - فحص الشكاوى المتعلقة بأساس تكليف العقار المحجز .

بيع العقار :

يباع العقار المحجز بالمزاد

العلنى بعد مضي شهرين على الأقل وقبل مضي أربعة أشهر من تاريخ اعلان الحجز أو شهره حسب الاحوال مالم يؤجل البيع طبقاً لاحكام المادة ٥٥ وينشر عن البيع في الجريدة الرسمية ويجب ان يكون النشر قبل اليوم المعين للبيع بثمانية أيام على الأقل ويشتمل على أسباب البيع وتاريخ الحجز ورقم تسجيل محضر الحجز وتاريخه ان كان مسجلاً وتعيين اليوم الذي حدد للبيع والبيانات الخاصة بوقع العقار المزمع بيعه ومساحته وحدوده والتمسّن الأساسى الذى يتنقى إفتتاح المزداد به والموضع بمحضر الحجز وجميع الإيضاحات المتعلقة بشروط البيع وإذا كان العقار مقسماً الى صفقات فتوضح جميع البيانات الخاصة بكل صفقة على النحو سالف الذكر .

كما يعلن عن البيع بالتعليق على اللوحة المعدة للإعلانات بديوان المحافظة أو المديرية المختصة وعلى باب مقر العمدة في القرية التى تقع فيها الأعيان والباب الرئيسى للمركز أو القسم الذى يقع العقار في

دائرته وفى موضع ظاهر من كل عقار من العقارات المطلوب بيعها إذا كانت مسورة أو كانت من المباني . ويجب اثبات تعليق الاعلانات في محضر يحرره ويوقعه مندوبو الجهة المحجزة المكلفون بذلك .

ويجوز فضلاً عما تقدم النشر عن البيع في الصحف اليومية المقررة لنشر الإعلانات القضائية وذلك فى الحالات التى يرى فيها المحجز النشر عنها بهذا الطريق م/٥٣ .

الحجز الإدارى ليس قراراً إدارياً :

استقرت أحكام النقض والإدارية العليا على أن إجراءات الحجز والبيع الإدارى كما نظمها القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ لا تعدو وأن تكون نظاماً خاصاً وضعه الشارع لتحصيل المستحقات التى للحكومة فى ذمة الأفراد راعى فيه التيسيط والسرعة وقلة النفقات مستهدلاً بإسهاء بنظام قانون المرافعات للإعتبارات الملائكة فيما تتخذه الجهات الحكومية المختصة من إجراءات

في هذا الخصوص تطبيقاً للقانون المذكور أو ما تشيره من منازعات مع ذوى الشأن في هذا النطاق لا يعتبر والحالة هذه من قبيل القرارات الادارية بالمعنى المنصود من القرار الادارى^(١١٥).

وطبيعى أن محل إعمال هذه القواعد هو أن تكون المنازعة متعلقة بحجز ادارى أما اذا وصف الخصم الأمر الصادر من الإدارة بأنه حجز ادارى والحال أنه ليس كذلك فإن المحكمة يتعين عليها أن تسبغ التكييف السليم للأمر ثم تعمل الحل القانون الذى يسفر عنه هذا التكييف السليم.

ويترتب على أن الحجز الإدارى ليس قراراً إدارياً أن المحاكم العادية تختص بالنزاعات الخاصة بأجراءاتها أو بالغائنها أو عدم الاعتماد بها أو وقف إجراءات البيع الناشئة عنها أسوة بالنزاعات المتعلقة بالحجز القضائية^(١١٦).

**اشكالات التنفيذ الوقتية بشأن
الحجوز الإدارية واختصاص
المحاكم العادية بها :**
يجوز للمنفذ ضده أو الغير

الاعتراض على التنفيذ سواء قبل مرحلة الحجز بهدف منعه أو بعد توقيع الحجز وقبل البيع بهدف وقف المرحلة الأخيرة وهى مرحلة البيع وفى الحالتين فإننا نكون أمام اشكال وقتى فى التنفيذ ولا يلزم فيه قاضى التنفيذ بوصفه قاضياً للأمر المستعجلة أن يتحرى وجه الاستعجال لافتراض وجوده وكل ما يتقيد به هو ألا يس فى حكمه أصل الحق وعلى ذلك فإن له بحث كافة الاعتراضات المشاره أخذاً من ظاهر المستندات توصلاً للقضاء بالإجراء الوقتى المطلوب منه سواء كان وقف الحجز أو البيع أو للاستمرار وحكمه فى ذلك لا يس أصل الحق فإن استبان له جدية الاعتراضات سواء أكان مبنى الإشكال شكلياً أو موضوعياً قضى بوقف الحجز أو البيع حسبما يستبان له . وأن استبان له العكس قضى برفض الإشكال والاستمرار فى التنفيذ وليس فى ذلك ثمة مساس بأصل الحق^(١١٧) أما اذا توقع الحجز وكانت المنازعة الوقتية بهدف عدم الاعتماد بتلك

المرحلة التى تمت أو عدم تأثيرها فإن المنازعة تكون تالية للتنفيذ وينظرها قاضى التنفيذ بوصفه قاضياً للأمر المستعجلة فى هذه الحالة كمنازعة تنفيذ مستعجلة ويشترط لإختصاصه بها ضرورة توافر شرطين أولهما الاستعجال وثانيهما أن يكون المطلوب منه إجراء وقتياً لا يس أصل الحق .

فاذا تبين له أخذاً من ظاهر المستندات تخلف أحد الشرطين سألنى الذكر كأن تكون الدعوى مفتقرة إلى الاستعجال أو يكون فى إجابة رافعها مساس بأصل الحق تعين عليه القضاء بعدم اختصاصه نوعياً بنظرها بصفته المستعجلة وإن جاز له نظرها بصفته الموضوعية إذا توافرت له تلك الصفة الموضوعية .

وقد جرى القضاء أنه يتعين للحكم بعدم الاعتداد بالحجز أن يكون البطлан بادائياً للوهلة الأولى فإن كان مبنى البطلان محل جدل فقهى فإن القاضى لا يحكم بعدم الاعتداد بالحجز^(١١٨).

**الأثر الواقف للاشكال الوقتى
فى الحجوز الادارية :**

منازعة سابقة على تمام التنفيذ حتى يمكن أن يقال أنها ذات أثر واقف لأنه لا يتصور إيقاف تنفيذ ما نفذ فعلاً ومن هنا يوقف المحضر بالمنازعة الوقتية أو الموضوعية التي ترفع قبل توقيعه أو أثناء توقيعه أما إذا رفعت تلك المنازعة بعد توقيعه فلا يتصور أن توقفه وإنما توقف البيع .

خاتمة

تناول البحث بيان طبيعة المحضر الإداري وشروط صحته وجزاء تخلف هذه الشروط ثم بيان مدى اختصاص المحاكم العادية بنظر منازعات التنفيذ الوقتية والموضوعية بشأن المحجوز الادارية ثم بيان مدى الأثر الواقف لها وأرجو من المولى عز وجل أن أكون قد وفقت في ذلك قدر جهدي والكمال لله وحده إنه نعم المولى ونعم النصير .

محضر العقار وقف إجراءات المحضر والبيع الإداريين وذلك إلى أن يفصل نهائياً في النزاع ويحكم في المنازعة على وجه السرعة . . والخطاب موجه من المشرع في المادتين إلى مندوب الحاجز الذي يباشر التنفيذ لا إلى المحكمة التي ترفع إليها المنازعة .^(١٩)

وبين أن المادتين جاءت صياغتهما بحيث تسرى على المنازعات الموضوعية والوقتية .

ومن ثم فإن مندوب الحاجز في المحضر الإداري على العقار أو على المنقول لدى المدين مكلف من المشرع على جهة الوجوب بأن يوقف إجراءات المحضر وأن يوقف إجراءات البيع إذا رفع المحجوز عليه أو الغير منازعة في هذا التنفيذ. يستوى في ذلك أن تكون المنازعة وقتية أو موضوعية .

والمفروض بطبيعة الحال أنها

تنص المادة ٢٧ من قانون المحضر الإداري ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ المعدله بالقانون ٣٠ لسنة ١٩٧٢ (يترتب على رفع الدعوى بالمنازعة في أصل المبالغ المطلوبة أو في صحة إجراءات المحضر أو بإسترداد الأشياء المحجوزة وقف إجراءات المحضر والبيع الإداريين وذلك إلى أن يفصل نهائياً في النزاع ويحكم في دعوى المنازعة على وجه السرعة) .

وهذا النص يقوِّر الأثر الواقف للمنازعة في أصل المبالغ المطلوبة أو للمنازعة الوقتية في صحة إجراءات المحضر أو لدعوى الإسترداد وذلك بالنسبة للمحضر الإداري على المنقول أما الأثر الواقف للمحضر على العقار فتقرره المادة ٧٤ بقولها :

(يترتب على رفع الدعوى بالمنازعة في أصل المبالغ المطلوبة أو في صحة إجراءات

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١) نقض ١٩٣٦/٥/١٤ المجموعة الرسمية - ٣٧ - ٢٢٤ ونقض ١٩٥٥/١/٢٧ المكتب الفني ٦ - ٥٧٥ ونقض ١٩٥٥/٣/١٠ ونقض ١٩٦٩/١٢/١٦ المكتب الفني ٢٠ - ١٢٨٠ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا ١٩٥٧/٢/٢ المكتب الفني ٢ - ٤٤٨ .

(٣) الحجز الإداري علماً وعملاً / عبد المنعم حسني المحامى ص ١٦ .

(٤) نقض ١٩٧٧/١/١٢ مجموعة أحكام النقض ٢٣ ص ٤٤ .

(٥) محكمة طنطا للأمر المستعجلة - القضية رقم ٢١١ لسنة ١٩٦٧ جلسة ١٩٦٨/٤/٣ .

(٦) الحجز الإداري علماً وعملاً / عبد المنعم حسني ص ١١١ .

(٧) قضاء الأمور المستعجلة محمد علي راتب ص ٩٧٠ - ٩٧١ - ٩٧٢ .

(٨) إجراءات التنفيذ ، أير الوفا طبعة ١٩٦٤ ص ٤٤٨ .

(٩) الحجز الإداري / عبد المنعم حسني ص ١٣٦ .

(١٠) نقض ١٩٧٩/٥/٢٤ الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ٤٥ ق .

(١١) عبد المنعم حسني الحجز الإداري ص ٢٤١ .

(١٢) نقض جنائي ١٩٥٩/٥/١٩ مجموعة النقض السنة ١٠ ص ٥٥٨ وأيضاً نقض جنائي ١٩٥٦/٤/١ مجموعة النقض السنة ١٠ ص ٤٣٠ وأيضاً نقض مدني ١٩٧٨/٣/٢١ .

(١٣) قضاء الأمور المستعجلة محمد علي راتب ص ٩٧٤ طبعة ١٩٨٥ .

(١٤) / عبد المنعم حسني المرجع السابق ص ٦١٢ .

(١٥) نقض ١٩٣٦/٥/١٤ المجموعة الرسمية - ٣٧ - ٢٢٤ ونقض ١٩٥٥/١/٢٧ نقض ١٩٥٥/٣/١٠ - ٦ - ٨٢١ .

(١٦) نقض ١٩٦٩/١٢/١٦ المكتب الفني ٢٠ - ١٢٨ .

(١٧) منازعات التنفيذ الوكيله - مصطفى مجدى هبة طبعة ١٩٨٢ ص ٤٣٧ .

(١٨) قضاء الأمور المستعجلة محمد علي راتب ونصر الدين ص ١٠٧٤ .

(١٩) قضاء الأمور المستعجلة محمد علي راتب ونصر الدين ص ١٩٧٩ .

الخطورة الإجرامية كشرط لإنزال التدبير الإحترازي

للسيد الاستاذ
يحيى صديق
المحامى

مقدمة :

تعتبر نظرية الخطورة
الإجرامية إحدى أهم التحولات
الكبرى فى السياسة الجنائية
الحديثة ، بعد أن سيطرت على
الفكر الجنائى المعاصر فكرة
تطوير كثير من مبادئ علم
العقاب . فالتنبؤ بالخطر الذى
يهدد المجتمع بالجريمة والعمل
على مواجهته بأسلوب يكفل
القضاء عليه قبل أن يتحول إلى
أفة تسيطر على المجتمع ؛ هو
عمل جدير بالأهتمام ينغى
السعى من أجل تحقيقه .

وتوجه نظرية الخطورة
الإجرامية عنايتها لدراسة
شخصية المجرم بدلاً من الجريمة ،
وتتطلع إلى المستقبل بدلاً من
الماضى لتقيم مفهوماً واقعياً
للدفاع الإجتماعى ، أساسه
حماية المجتمع من الأخطار
الإجرامية التى تهدده . وتبين
أن أساس الجزاء الجنائى

ومعياره هو خطورة المجرم
لا جسامة الجريمة . وتعمل على
هجر المفاهيم المجردة التى
سادت القرن الثامن عشر بفضل
المدرسة الكلاسيكية .

ولقد أثير الكثير من الجدل
حول هذه النظرية ، وتناولتها
مؤتمرات دولية عديدة بالدراسة
والتحليل . وينصب النقاش حول
إمكانية التنبؤ بالحالة الخطرة
وجسامتها ومدى شرعيتها ،
وهى مفاهيم إنقسم الفقه بشأنها
وتعددت الآراء بضدها ، فى
حين إنعقد الإجماع حول ضرورة
توافرها لدى الفرد الواجب
اتخاذ التدبير الإحترازي ضده .

تقسيم :

* **مبحث تمهيدى : نشأة**
الخطورة الإجرامية وتطورها
وأهميتها .

* **مبحث أول : تعريف**
الخطورة الإجرامية .

* **مبحث ثانى : عناصر**
الخطورة الإجرامية .

* **مبحث ثالث : خصائص**
الخطورة الإجرامية .

* **مبحث رابع : تمييز**
الإجرامية عما يشبه بها .

* **مبحث خامس : العوامل**
المحددة لدرجة جسامة الخطورة
الإجرامية .

* **خاتمة : النتائج**
المستخلصة من البحث .

المبحث التمهيدي

نشأة الخطورة الإجرامية
وتطورها وأهميتها

المطلب الأول

نشأة الخطورة الإجرامية
وتطورها

تمهيد :

تعد نظرية الخطورة الإجرامية
من الأفكار الأساسية فى علم

الفكرة جاروفالو في مقال نشره عام ١٩٧٨ تحت عنوان دراسات حديثة في العقاب ، ثم طور فكرته في كتابه الشهير عن " علم الإجرام " (٣) حين أعلن أن أساس العقوبة ومقياس تجديدها يتمثل في الخطورة الإجرامية .

لذلك فإن نظرية جاروفالو أعطت للعقوبات دورها كوسيلة لتحقيق إصلاح المجرم عن طريق تمنحيه العودة إلى الإجرام ، وذلك بتحديد العقوبة بنسبة تتفق مع خطورة هذا المجرم ، وبهذا أنحصر الاهتمام في الإنسان المجرم ، شخصيته ، خصائصه ، خطورته الإجرامية .

ورفض أنصار المدرسة الوضعية الفكرة الكلاسيكية التي تقابل المقاصة بين الجريمة ، والعقوبة لكي ينادوا بتفريد العقاب وفقاً للخطورة الإجرامية للجاني .

وقد استهدفت المدرسة الوضعية في الاعتماد على فكرة الخطورة الإجرامية ، تحقيق الدفاع الاجتماعي بإعتباره الهدف الأسبق للنظام الجنائي ، فوفقاً لهذه المدرسة ، لا يعتبر

أهمها هو ذلك الإعتقاد الفلسفي الذي يقوم على روح التجريد ، والذي ينظر إلى الواقعة بوضعها القانوني مجردة عن شخص مرتكبها ، والذي لم يكن يؤسر الآثار المحتملة لتوقيع العقاب على ملاحظات ثم أستقرأها بحذر ، وإثماً على أفكار جديدة مجردة عن الطبيعة الإنسانية والخبرة الشخصية .

هذا أدى إلى تأثر الفقه التقليدي مبدأ مساواة الأفراد أمام القانون ، والذي فهم في القرن الثامن عشر فهماً جامداً يجعل من القاضي مجرد يوق يردد كلمة القانون ، وآلة توزع العدل بين الناس بالمساواة دون أن يحاول من جانبه التحقق من توافق المساواة بين الشخصيات الإجرامية الماثلة أمامه .

الفرع الثاني

نشأة فكرة الخطورة الإجرامية وتطورها

يرتبط ظهور فكرة الخطورة الإجرامية بنشأة المدرسة الوضعية ، وقد نادى بهنـ

الإجرام الحديث . وهي تساهم بنتائجها الهامة بقدر كبير في تطور الكثير من أحكام قانون العقوبات ، كما تؤثر في تنظيم الخصومة الجنائية على الذي يكفل للقاضي تقدير خطورة المجرم .

ويرتبط ظهور هذه النظرية بنشأة المدرسة الوضعية . وسوف نتتبع فيما يلي الخطوات التي مرت بها والمبادئ التي لا زمت ظهورها وتطورها (١) .

الفرع الأول

عدم ظهور الفكرة في المدرسة الكلاسيكية (٢)

لم تكن المدرسة الكلاسيكية تولي المجرم اهتماماً مذكوراً عند تقدير العقوبة ، بل عاملته ونظرت إليه باعتباره مجرد موضوع قابل لأن تطبق عليه الصيغ النظرية لمواد قانون العقوبات ، بحيث يتحول عند تنفيذ العقوبة إلى مجرد رقم جامد شأنه في ذلك شأن أرقام مواد قانون العقوبات .

وقد قامت هذه الأفكار التقليدية على عدة اعتبارات

مظهراً أهمية العوامل الإجتماعية
فى تفسير الإجرام فيما يسمى
« بالجبرية الإجتماعية » (١).

وهكذا يبين أن الخطورة
الإجرامية قد ابتدأت فى
الظهور بوضعها بدلاً للمسئولية
الأدبية ، ثم أنتهت فى صورتها
الحالية إلى اعتبارها أساساً
لتحديد مضمون الجرائم الجنائية
الذى لا يجوز توقيعه إلا على
مجرم توافرت لديه حرية
الاختيار . (٢)

الفرد الثالث

المبادئ الملازمة لفكرة الخطورة
الإجرامية (٣)

وإذا استقرنا المبادئ الملازمة
لفكرة الخطورة الإجرامية ، يبين
ما يلى :

١ - أن المدرسة الكلاسيكية
لم تعرف الخطورة الإجرامية ،
اكتفاءً بمجرد الإعتماد على
حرية الاختيار كأساس المسئولية ،
ومتمشياً مع فكرتها فى المساواة
بين الأشخاص فى العقاب .

٢ - أن المدرسة الوضعية
عرفت الخطورة الإجرامية . مع
إنكار مبدأ المسئولية الأدبية ،

وجاء الإتحاد الدولى لقانون
العقوبات على أيدى هاميل
وليزت وبرنز فى القرن التاسع
عشر ، فأكد الإعتماد على
فكرة الخطورة الإجرامية وإحلالها
محل المسئولية الأدبية ، وقالوا
بأن تدابير الدفاع الإجتماعى
يجب أن تهدف إلى إبطال
مفعول الخطورة الإجرامية .

ثم جاءت الأفكار الحديثة
للدفاع الإجتماعى فى القرن
العشرين - التى يلورها المستشار /
مارك أنسل - تدعو إلى
الإهتمام بالخطورة الإجرامية
فى تحديد تدابير الدفاع
الإجتماعى (٤) .

ولقد لفت ليروزو بأبحاثه
الإنتباه إلى شخصية الجانى بعد
أن كان كائناً مجرداً من فقه
المدرسة الكلاسيكية وسلط
الأشياء على « الجبرية
البيولوجية » التى تحكم أفعال
وتصرفات المجرم ، محدثاً فى
علم الإجرام تطوراً مفاجئاً .

وعلى نفس الهدى ، تابع
ثيرى السور على نفس المنهج -
الذى نهجه سلفه ليروزو فى
التركيز على شخصية الجانى ،

الجزء الجنائى إلا مجرد وسيلة
لتحقيق الأمن الإجتماعى لتجنب
وقوع جرائم جديدة . فليس
مصدر الخطر على المجتمع
الجريمة التى وقعت وإنما هى
الشخصية الإجرامية بما تهدد به
من العودة إلى الجريمة .

لذا فإن هذه المدرسة لا تحارب
الإجرام عملاً فى الجريمة ذاتها ،
كما فعلت المدرسة الكلاسيكية ،
وإنما تحاربه فى شخص مرتكبها ،
فى خطورته الإجرامية .

وقد رأت هذه المدرسة أنه
لتحقيق الدفاع الإجتماعى ضد
المجرم . لا قيمة للاعتبارات
الأدبية فى تحديد المسئولية
طالما أن كل نشاط إجرامى
يصدر عن الإنسان هو نتيجة
حتمية للعوامل البيولوجية
والنفسية والإجتماعية .

وهذا إنتهت المدرسة الوضعية
إلى إنسكاز مبدأ المساواة فى
المسئولية الأدبية كأساس للعقاب
وأهملت قيمة حرية الاختيار . أو
فقيده فى إنعقاد المسئولية
الجنائية ، وأعلنت بدلاً منها
فكرة الخطورة الإجرامية كأساس
للعقاب .

علم خطورته بعد ارتكاب الجريمة ،
تماماً كالتحفة التي فقدت شوكها
بعد أن لدغت المصاب .

المطلب الثاني

(أهمية الخطورة الإجرامية)

تدور الخطورة الإجرامية مع
التدبير الأحترازي وجوداً وعسماً ،
يعنى إنه إذا توافرت الخطورة
الإجرامية أنزل التدبير الأحترازي
وينتهى الأحترازي بزوالها (٨) .

فالخطورة الإجرامية تكاد
تكون المفترض الوحيد لتطبيق
التدبير الأحترازي حتى مع
إشتراط وقوع جريمة ، ذلك أنا
بمناسبة ارتكاب الجريمة وليس
بسببها ، وتؤخذ الجريمة كدلالة
على توافر تلك الخطورة . (٩)

الأهمية العملية للخطورة الإجرامية :

يلاحظ أن الخطورة الإجرامية
هى المناط لكثير من الأنظمة
المأخوذة بها فى قانون العقوبات
كالإعتياد على الإجرام ،
والإفراج الشرطى ، ورد الإعتبار
وأيضاً فى مجال التنفيذ العقابى
وتقسيم المجرمين داخلاً
المؤسسات العقابية . (١٠)

إلا بالنسبة إلى فئة معينة من
المجرمين الذين توافرت فيهم
سمات هذه الخطورة .

فليس هناك تلازم دائم بين
الخطورة والإجرام ، ولذلك فإنه
يمكن إقامة مقابلة بين مجرمين
توافرت فيهم الخطورة الإجرامية
وآخرين لم تتوافر فيهم هذه
الحالة .

ثانياً ، أن الخطورة الإجرامية
فى فئة المدرسة الوضعية تعتبر
أساس كل تنظيم قانونى جنائى ،
إذ لا مسئولية دون خطورة ،
ومن ثم فلا مجال للتمييز فى
نطاق هذا التنظيم بين مجرم
خطر وآخر غير خطر ، لأن
الغرض هو توافر الخطورة فى
كل من يخضع لهذا التنظيم .

وقد أدت هذه الفكرة إلى
الأخذ بمبدأ العقوبة ولا تدبير
أحترازي دون خطورة إجرامية
ويعنى ذلك إنه لتطبيق العقوبة
أو التدبير الأحترازي تطبيقاً
سليماً لا يكفى التحقق من كون
المحكوم عليه مرتكباً للجريمة ،
وإنما يتعين بالضرورة التثبت من
خطورته الإجرامية وقت الحكم
عليه ، إذ أن هناك من يثبت

واعتبرت هذه الخطورة بديلاً
لمبدأ الإرادة الحرة .

٣ - أن الاتحاد الدولى
الجنايى . وإن اختلف مع المدرسة
الوضعية حين أجاز الحكم
بالعقوبات والتدابير الأحترازية ،
وساير الأفكار الوضعية التى
تجعل الخطورة الإجرامية أساساً
للمسئولية الأدبية ، بدلاً من
مبدأ الإرادة الحرة .

٤ - أن مذهب الدفاع
الإجتماعى الجديد ، لم يستبدل
الخطورة الإجرامية بمبدأ المسئولية
الأدبية ، بل أقر هذا مبدأ
إيماناً منه بأن حماية المجتمع
لا تتحقق إلا بحماية الإنسان ،
ثم أخذ بفكرة الخطورة الإجرامية
للاستعانة بها فى إختيار
العقوبة أو التدبير الأحترازي
الملائم .

ويرتبط على اختلاف دور
الخطورة الإجرامية فى المدرسة
الوضعية منه فى مذهب الدفاع
الإجتماعى الجديد ما يلى :-

أولاً ، أن الخطورة الإجرامية
فى فئة الدفاع الإجتماعى
الجديد لا تظهر أهميتها

فأهمية الخطورة الإجرامية لا تنف عند مجرد تأثيرها في تحديد الجزاء الجنائي ، وإنما يتوقف عليها تفريد المعاملة أثناء التنفيذ ، وتفريد التدابير اللاحقة على هذا التنفيذ ، وذلك على النحو الآتي : (١١)

أولاً : أهمية الخطورة الإجرامية أثناء التنفيذ :

من المؤكد أن الخطورة لا تتوقف عليها تفريد عن الظهور عندما يوضع المجرم في إحدى المؤسسات العقابية أو تحت المراقبة ، ولا يمكن الإطمئنان إلى أنه سوف يكف عن مباشرة أى لون من النشاط الإجرامى إلا إذا قيدت حريته فى الحركة بوسائل آلية ، وهو أمر أقلعت عن إستعماله الدول المتدبنة .

وإذا تصفحنا التاريخ العماى لوجدنا أمثلة عديدة من النشاط الإجرامى الذى يرتكب داخل السجون وفى غيرها من المؤسسات العقابية ، وخاصة أن الجو النفسى الذى يملأ هذه المؤسسات يشجع على إزدياد السلوك الإجرامى ، وقد لوحظ

إنه فى عام ١٩٤٥ عدلت السويد تنفيذ العقوبة تعديلاً من شأنه تخفيف حدة الضغط النفسى ضد المسجونين ، إلا أن القدر الكبير من حرية التصرف الذى منح للمسجونين أدى إلى تسهيل بعض أنشاط الإجرامى الذى مارسه عدد كبير من المسجونين أبان تنفيذهم للعقوبة كما أن بعض القوانين تيسر للمسجونين الإتصال الخارجى فى حدود متفاوتة مما يسهل لهم الإتصال بأصدقائهم وزملائهم وتمكينهم من تخطيط جرائم أخرى جديدة ، الأمر الذى أدى إلى القول بأن إصلاح وسائل تنفيذ العقوبة فى هذه القوانين قد أضعف من الحماية الواجب توافرها عند الخطورة الإجرامية للمسجونين وسهل للمجرمين الطلقاء ارتكاب الجرائم . فالوسط

الذى يعيش فيه المجرم فى المؤسسات العقابية تنفيلاً لتدابير الدفاع الإجتماعى لئمن مجرده وضع لاحق على الجريمة ، وإنما قد يكون وضعاً سابقاً عليها ، مما لا تجوز معه التهوين من أهمية دراسته فى علم الإجرام وتقديراً لأهمية

تفريد معاملة المجرمين وفقاً لدرجة خطورتهم أستحدثت بعض التشريعات الحديثة نظام قاضى التنفيذ ، ومقتضاء أن يقوم بالإشراف على تنفيذ الأحكام قاضى تتوافر فيه كل الضمانات حتى يستطيع أن يضمن تحقيق الأهداف التى ترواها قاضى الحكم ، ليتحقق التناسق بين معاملة المجرم عند الحكم ومعاملة عند التنفيذ .

وبما لا شك فيه أن تطور الخطورة الإجرامية أدى إلى قابلية التدبير الإحترازى للتعديل أثناء التنفيذ فإذا زادت الخطورة الإجرامية أمكن إبدال التقدير الإحترازى بتدبير أشد ، أما إذا قلت الخطورة الإجرامية فيمكن إبداله بتدبير أخف (١٢)

ثانياً : أهمية الخطورة الإجرامية بعد مرحلة التنفيذ :

تبدو أهمية الخطورة الإجرامية فى هذه المرحلة فيما يتعين إتخاذها من تدابير الرعاية اللاحقة قبل المجرمين بعد الإفراج عنهم . فعلاج الخطورة الإجرامية يقتضى تأهيل المسجونين إجتماعياً وإعدادهم

ما تفشى الخطر الإجرامى واستمر دون الحد منه يتدابير احترازية تكفى لكبح جماحه .

المطلب الثانى

التعريف الفقهي للخطورة الإجرامية

تمهيد:

تعددت المحاولات الفقهية التى قبلت لتعريف الخطورة الإجرامية ، ولعل ذلك راجع إلى صعوبة تحديد طبيعتها ، وكونها فكرة قانونية تقوم على مؤثرات وعوامل كثيرة ، طنية واجتماعية ، موروثية ومكتسبة ، مزمنة ومؤقتة .

ومهما تعددت التعاريف القانونية فإنها لا تخرج عن التعريف التالى :

"إحتمال أن يصبح الفرد فاعلاً إجرياً" .

ومثل هذا التعريف المتحد المشترك بين جميع التعاريف التى قال بها رجال القانون ، ولا تختلف فيما بينها اختلافات بسيطة ، مرجعها ، الاختلاف حول مفهوم الإحتمال ومدى كشافته أو جديته (١١١)

فالجرم والجريمة : الذنب - تقول منه جرم وأجرم وإجترم (١١٢)

فما تقدم يتضح أن الخطورة الإجرامية - لغوياً - تعنى : الخطأ والذنب المؤدى إلى الهلاك . فالخطورة الإجرامية ما هى إلا ذنب أو خطأ مهلك ، فلا بد من الوقوع فى الهلاك إذا ما تحقق الذنب الناتج عن الخطأ .

لذلك فإن معالجة الدولة لسلوك الإجرامى للفرد - عن طريق إتخاذ التدبير الإحترازى تجاهه لمجابهة سلوكه الغير سوى برده إلى المسلك الصحيح - يجد سنده فى هذا المعنى اللغوى للخطورة الإجرامية .

فخطأ الشخص المتحقق به معنى الذنب يؤدى إلى فساد المجتمع ، حيث أن المجتمع ما هو إلا مجموع جزئيات أفرادة وفساد جزئية فيه قد تلحق الفساد بالأجزاء الأخرى .

وهذا ما حدا بالمشرع إلى معالجة الخطورة الإجرامية فى قانون العقوبات وقوانين أخرى خاصة حتى يحصى مجتمعه من ذاء يوشك أن يودى به ، إذا

للحياة الخارجية التى تتفق مع غرائزهم والتى لا تتوافر فيها الظروف التى تساعد على تقوية الدافع إلى الجريمة أو إضعاف المقاومة .

لذا يتعين دراسة مدى خطورة المجرم وتقدير مدى إستعداده للخصوع لأوامر القانون بعد الإفراج عنه .

المبحث الأول

تعريف الخطورة الإجرامية

المطلب الأول

المعنى اللغوى للخطورة الإجرامية

الخطر - لغوياً - يعنى الإشراف على الهلاك . والزهان والعوض . والنصيب . وفى حديث عمر ، فى قمة وادى القرى : " وكان لعثمان فيه خطر ولعميد الرحمن خطر " والمثل فى الشرف والرفعة - جمع أخطار . (١١٣)

أما الإجرام فمعناه : الخطأ والذنب - يقال - لا جرم ولا جرم . أى لا بد أو لا مخالفة أو خطأ - وقد تحول (المعنى) إلى معنى القسم فيقال " لا جرم لأفعلن " (١١٤)

ثانياً: تعريف جريسبيني

عرف الأستاذ / جريسبيني المخطوطة الإجرامية بأنها أهلية الشخص في أن يصح - على جانب من الإحتمال - مرتكباً للجريمة ، وأنه من الناحية النفسية تمثل هذه المخطوطة في حالة الشخص ، وصفته ، وطرقيه الطبيعية في أن يصح مرتكباً للجريمة ، ومن الوجهة القانونية ، تتمثل في حالة غير قانونية تتوافر لدى الشخص فيترتب عليها قانوناً توقيع جزاء جنائي .

ونلاحظ على التعريف المتقدم أمرين :

١ - أن جريسبيني اعتد في تعريف المخطوطة الإجرامية بما يتوافر في الشخص من حالة نفسية تدفعه الى العود نحو ارتكاب الجريمة .

٢ - أنه ربط بين المخطوطة الإجرامية - في نظر القانون وبين الجزاء الجنائي ، فجعلها صلة شخصية تعلق بصاحبها وتعرضه من الوجهة القانونية للجزاء الجنائي .

لا تتوقف على الأهلية الجنائية فحسب ، وإنما تقوم أيضاً على مدى إمكان تجارب المجرم مع المجتمع .

وقد لاحظ الأستاذ ؟ بيناتل لا يشترط التلازم الدائم بين التغير في العنصرين المذكورين ، فقال بأن هناك أشخاصاً لديهم قدر كبير من الأهلية الجنائية ويتمتعون في الوقت ذاته بقدرة كافية على التجارب الاجتماعي ، وقد يوجد أشخاص لديهم قدر ضئيل من الأهلية الجنائية مع قدر آخر ضئيل من إمكان التجارب الاجتماعي كما قد يوجد أشخاص لديهم هذا القدر الضئيل من الأهلية الجنائية إلا أنه يتوافر لديهم قدر كاف من إمكان التجارب الاجتماعي .

وأخيراً فإنه قد يوجد نوع من الأشخاص لديهم قدر كبير من الأهلية الجنائية مع قدر ضعيف من القدرة على التجارب الاجتماعي ، وهكذا يبدو أن كلا من عنصرى المخطوطة الإجرامية يسير في مجال مستقل عن الآخر (١٨) .

وسوف نعرض فيما يلي لأهم هذه التعريفات مميزين بين وجهة نظر الفقه المصري بصدد تعريف المخطوطة الإجرامية .

الفرع الأول

الفقه المقارن

أولاً: تعريف جاروفالو

عرف جاروفالو المخطوطة الإجرامية بأنها هي التي تبين ما يبدو على المجرم من فساد دائم فعال ، ومحدد كمية الشر التي يجب أن يتوقع صدورها عنه ، أو هي بعبارة أخرى أهليته الجنائية .

ولم يلبث جاروفالو أن شعر بأن فكرته عن المخطوطة الإجرامية بالغة التقييد والسلبية ، فأراد أن يوسع من نطاقها ويجعلها أصلية دلالة ، فقال بأنه لتقدير المخطوطة يجب أن تراعى مدى قابلية المجرم للتجاوب مع المجتمع مما يمتنع معه لتحديد مدى ثوابها البحث في إمكان تجارب المجرم الاجتماعي (١٧) .

كما تقدم يتضح أن المخطوطة الإجرامية في نظر جاروفالو -

لتعريف الأستاذ / فبين للخطورة
الإجرامية .

ثالثاً : تعريف الأستاذ الدكتور /
أحمد فتحي سرور :

هي « حالة تتوافر لدى
الشخص تفيد أن لديه إحتمال
واضح نحو ارتكاب الجريمة ، أو
العود إلى ارتكابها » (٢٥)

رابعاً : تعريف الأستاذ الدكتور /
رؤوف عبيد :

هي حالة نفسية ، يحتمل من
جانب صاحبها أن يكون مصدراً
لجريمة مستقبلية ، كما عرفت من
ذلك المادة ١٣٣ عقوبات أيطالي (٢٦)

وقد أهد الدكتور / رمسيس
بهنام هذا التعريف - متأثراً
بالقانون الإيطالي - فعرّفها بأنها
حالة نفسية يحتمل من جانب
صاحبها أن يكون مصدراً لجريمة
مستقبلية (٢٧)

المطلب الثالث

التعريف التشريعي للخطورة
الإجرامية

تمهيد :

خلصنا من استقراء المبادئ
الملازمة لفكرة الخطورة الإجرامية
إلى إختلاف دور الخطورة

محدد تمهيداً كافياً حالة
الخطورة ، ومن المؤكد أنه
لا العلم ولا فن الإجرام سيملان
أهدأ إلى نتائج حاسمة في هذا
السيبل « (٢٨)

الفرع الثاني

الفقه المصري

أولاً : تعريف الأستاذ / الدكتور
محمد نجيب حسنى :

الخطورة الإجرامية : هي
إحتمال ارتكاب المجرم جريمة
تالية « (٢٩)

من الملاحظ أن الدكتور /
فوزية عبد الستار تؤيد هذا
التعريف ، حينما عرفت الخطورة
الإجرامية بأنها : إحتمال عودة
المجرم إلى ارتكاب الجريمة مرة
أخرى (٣٠)

ثانياً : تعريف الأستاذ الدكتور /
محمود محمود مصطفى :

لا يمكن وضع ضابط لتعريف
الخطورة الإجرامية ، فهي عبارة
مطاطة ، أريد بها النيل من
حرية المتهم (٣١)

وجدير بالذكر ، أنه يلاحظ
تأييد الأستاذ الدكتور / محمود

ثالثاً : تعريف دى أسوا
(DEAJUA)

يعرف الأستاذ / دى أسوا ،
الخطورة الإجرامية بأنها :

الإحتمال الأكثر وضوحاً في
أن يصبح الشخص مرتكباً
للجرائم . أو أن يعود إلى
ارتكاب جرائم جديدة (٣٢)

رابعاً : تعريف مؤتمّر علم
الإجرام :

صاغ الأستاذان / جريسيونى
ودى أسوا ، تعريفاً للمؤتمّر الذى
عقد في باريس سنة ١٩٥٠
على الوجه الآتى : « تقوم حالة
الخطورة الإجرامية لدى شخص
متى كان من المحتمل أن يقدم
مباشرة على عمل غير
إجتماعى »

والجديد في هذا التعريف هو
إضافة كلمة « مباشرة » ، ولكن
يبقى تحديد معنى إحتمال العود
إلى الجريمة (٣٣)

خامساً : تعريف فيين
(Vienne)

يرى الأستاذ / فيين أنه « من
الصعب التوصل إلى ضابط

ولكن على أساس (شروطاً لتوافر المخطوطة الإجرامية) - إن صح - شروط مسبقة لا تتواءم وحقيقة الواقع . ويتأكد ذلك عند سردنا لبعض التشريعات التي تدرج شروطاً لتوافر المخطوطة الإجرامية - التي يطبق على أساسها التمييز الإحترازي - لا تمس كبد الحقيقة العلمية ، ولا تنظمها وحدة قانونية ولا تجميعها رابطة واقعية .

ومن ذلك يتضح إستهجائنا لهذا الإتهام بما فيه من موضوعية ظاهرة وقانونية مجردة .

تلكم هي نبذة مختصرة تفصح لنا أبعاد هذا الإتهام . والآن نعرض في شيء من التفصيل لبعض التشريعات العربية والأجنبية التي إتخذت من هذا الإتهام سبيلاً :
(ولا ، القانون الكويتي (٢٩))

عرف قانون الدفاع الإجتماعي الكرسي المخطوطة الإجرامية بأنها إستعداد معين ، مرضي أو تكويني أو مكتسب بالعادة ، يقضى على وسائل المقاومة لدى الشخص ، ويقوى مالمديه عن ميل نحو الإجرام . ويلاحظ - أن هذا التعريف قد عنى ببيان أسباب المخطوطة الإجرامية الداخلية والخارجية .

لكلا الإتهامين ، معززين كل إتهام بما يمثله من تشريعات .

الفرع الاول

الاتجاه الموضوعي القانوني

يتمثل الإتهام الموضوعي القانوني في الإقتصار على تعريف المخطوطة الإجرامية تعريفاً موضوعياً عن طريق تحديد شروط تطبيق التذاير الإحترازية التي أعدت لمجابهة هذه المخطوطة .

فقال ذلك : القانون الفرنسي بالنسبة إلى نظام الأبعاد (٢٨)

ولاشك في أن الإتهام يضيق من سلطة القاضى التقديرية إلى الحد الذي لا يتيح له تقدير خطورة المجرم إلا في ضوء المعايير القانونية . المجردة المدرجة بشروط تطبيق التدبير .

وغنى عن البيان أن هذا الإتهام بالرغم من قانونيته المتسمة بالموضوعية ، إلا أن تطبيقه بجهرياته المطلقة لا يحقق العدالة على نحو ولو نسبي ، حيث أنه لا يميز للقاضى تقدير المخطوطة الإجرامية لشخصية المجرم على ضوء الفحص العلمي

الإجرامية في المدرسة الوضعية عنه في مله الدفاع الإجتماعي الجديد ، مما أدى إلى إتخاذ فقه المدرسة الوضعية للمخطوطة الإجرامية كأساس لكل تنظيم القانون الجنائي ، إذا لا مسئولية دون خطورة . ومن ثم فلا مجال للتمييز في نطاق هذا التنظيم بين مجرم خطر وآخر غير خطر ، لأن الفرض هو توافر المخطوطة في كل من يخضع لهذا التنظيم .

وقد أدت هذه الفكرة إلى الأخذ بمبدأ لا عقوبة ولا تدبير إحترازي دون خطورة إجرامية .

بناء على ذلك ، حرصت الكثير من الدول على تضمين تشريعاتها فكرة المخطوطة الإجرامية حتى تتواءم هذه الجماعات الدولية تشريعياً مع الفكر الجنائي المقارن الذي يتخذ من المخطوطة الإجرامية أساساً لتنظيمه القانوني الجنائي .

وقد إتهمت التشريعات التي أخذت بفكرة المخطوطة الإجرامية إتهامين : إتهام موضوعي قانوني ، وإتهام شخصي إجرامي .

فيما يلي نتولى عرض مجمل

ثانياً: القانون الليبي :

عرفت المادة ١٣٥ / عقوبات
ليبى الخطورة الإجرامية بنصها على
« أن الشخص الخطر هو من
يرتكب فعلاً يعده القانون جريمة ،
ويحتمل نظراً للظروف المهيئة في
المادة ٢٨ ج . أن يرتكب أفعالاً
أخرى يعدها القانون جرائم وأن لم
يكن مسئولاً أو معاقباً جنائياً » .

والظروف المهيئة في المادة ٢٨
عقوبات هي :

١ - طبيعة الفعل ونوعه
والوسائل التي أستعملت لإرتكابه
وغايته ومكان وقوعه ووقته ووسائل
الظروف المتعلقة به .

٢ - جسامة الضرر أو الخطر
الناتج عن الفعل .

٣ - مدى القصد الجنائي سواء
كان عمدياً أم غير عمدي .

٤ - دوافع إرتكاب الجريمة
وطبق المجرم .

٥ - سلوك المجرم وقت
إرتكاب الجريمة وبغده .

٦ - ظروف حياة المجرم
الشخصية والعائلية والاجتماعية .

نتخلص مما تقدم أن المشروع

الليبى اعتمد بهذه الدلائل - المهيئة
في المادة ٢٨ ج - وجعلها شرطاً
لتوافر الخطورة الإجرامية إلى
جانب كون الشخص قد إرتكب
فعلاً يعده القانون جريمة ، سواء
كان مرتكبه مسئولاً جنائياً أو غير
مسئول ، وسواء توافر لديه مانع
عقاب أم لا .

وجدير بالذكر ، أنه لا يشترط
أن تتوافر جميع هذه الظروف -
المهيئة في المادة ٢٨ عقوبات -
للدلالة على احتمال اقدام الجاني
على إرتكاب جرائم في المستقبل ،
بل يستطيع القاضي إستخلاص
وجود هذا الإحتمال لمجرد توافر
بعض هذه العوامل أو واحد منها
فقط ، على أنه يتعين في
الإستناد على أى (تسرع) ضح
من هذه العوامل أن يكون قائماً
على وقائع فعلية ومحددة (٣٠)

ثالثاً: القانون العراقي :

نص القانون العراقي رقم
١٦١ لسنة ١٩٦٩ في المادة
١٠٣ عقوبات - وأهى تقابل المادة
٥٦ من مشروع قانون العقوبات
في مصر لسنة ١٩٦٦ - على أنه
« لا يجوز أن يوقع تدمير في حق
شخصي دون أن يكون قد ثبت

إرتكابه فعلاً يعده القانون جريمة ،
وأن حالته تعتبر خطرة على سلامة
المجتمع ، وتعتبر حالة المجرم
خطرة على سلامة المجتمع إذا تبين
من أحواله وماضيه وسلوكه ومن
ظروف الجريمة وبراعتها أن هناك
إحتمالاً جدياً لإقدامه على أقتواف
جريمة أخرى . (٣١) ، (٣٢)

ملاحظة :

تبيّن من النصين السابقين
للقانونين الليبي والعراقي - أنهما
تردّ يداً لسا نص عليه المشرع
الإيطالي في مادته رقم ٢٠٣ ،
وبالرغم من تقدم المشرع العراقي
في (نص) صرح وصف الإحتمال
بالحدية ، إلا أنه رده مظاهر
الخطورة التي نص عليها القانون
الليبى في المادة ٢٨ تقلّ عن
المادة ١٣٣ من القانون
الإيطالي (٣٣)

رابعاً: القانون المصري :

نصت المادة ٧٦ من مشروع
قانون العقوبات لعام ١٩٦٦ على
أنه « لا يجوز أن يوقع أحد
التدابير المنصوص عليها في هذا
الفصل على شخص دون أن يكون
قد ثبت إرتكاب جريمة .

وقد إنتقدت هذه المادة من لجنة الجامعات لإغفالها إشتراط أن يكون لدى الجاني خطورة إجرامية تستلزم النطق ضده بالتدبير الإحترازي .

وقد إقتрحت اللجنة إضافة فقرة ثانية الى المادة ٧٦ نصها كما يلي : « ولا يجوز توقيع تدبير منها إلا إذا ثبت أن الجاني على حالة تعتبر خطرة على سلامة المجتمع ، ويثير الجاني كذلك ، إذا تبين من ظروف الجريمة وبواعثها ومن أحواله وماضيه وأخلاقه أن هناك احتمالاً جدياً لإقدامه على إقتراء جريمة جديدة ولا يسرى هذا الحكم إذا كان وجود الجاني في تلك الحالة مفترضاً بنص القانون » ١

ويلاحظ أن المادة ٥٧ من المشروع قد تكلمت عن الخطورة الإجرامية (صح الإجتماعية) بنصها على أنه « يعد الشخص ذا خطورة إجتماعية في الحالتين الآتيتين :-

١ - أن يكون مصاباً بجنون أو بإحتلال أو بضعف عقلي أو نفسى جسيم ، وأثبتت الملاحظة وفقاً للإجراءات المبينة في القانون

أنه فاقد تماماً المقدرة على التحكم في تصرفاته ، بحيث يخشى منه على سلامته شخصياً أو على سلامة الغير ، وفي هذه الحالة يودع المصاب مأوى علاجياً وفقاً للأوضاع التي يعينها القانون .

٢ - أن يكون مشتهراً أو مشتبهاً فيه أو ذا سلوك متخرف وفقاً للشروط والأوضاع التي يحددها القانون ، ويشترط أن تنبئ حالته عن خطورة على أمن المجتمع أو النظام العام أو الآداب .
وبحكم القاضي في هذه الحالة أما بإبداء الشخص إحدى مؤسسات العمل وإما بوضعه تحت المراقبة وإما بإلزامه بالإقامة في الوطن الأصلي .

نصت المادة ٦٠ من المشروع الموحد على أنه لا يجوز أن يوقع تدبير من التدابير الإحترازية التي نص عليها القانون في حق شخصي دون أن يكون قد ثبت ارتكابه عملاً يعده القانون جريمة ، وأن حالته تعتبر خطرة على سلامة المجتمع ، وتمتص حالة الفاعل خطرة على سلامة المجتمع إذا تبين من ظروف الجريمة وبواعثها ، ومن أحوال الفاعل وماضيه ، ومن

ظروف الجريمة ، أن هناك احتمالاً جدياً لإقدامه على إقتراء جريمة حديثة .

أى أن هذه المادة تتضمن معنى الخطورة والعناصر التي يتسنى للقاضي أن يتبين وجود هذا المعنى وسنده .

الفرع الثاني الاتجاه الشخصى الإجرامى

على عكس الاتجاه الموضوعى القانونى ، لا يعتمد الاتجاه للجريمة مطلقاً على مجرد المعيار القانونى في تعريف الخطورة ، بل يفترض عدم تطبيق شروط قانونية مجردة سبق تحديدها على نحو محكم ، ويتوقف على تقدير شخصية المجرم على ضوء الشخص العلمى ، فوقفاً للنظم التي أخذت بهذا الاتجاه ، يجب على القاضي البحث فيما إذا كان المجرم يعتبر شخصاً خطراً أم لا ، فإذا قرر ذلك ، أجاز له توقيع التدبير الإحترازي . مثال ذلك القانون الإيطالى سنة ١٩٣٠ والقانون البرازيلى سنة ١٩٤٠ .

وليس من المفروض أن هذا الاتجاه يقتضى التوسع في السلطة

يجوز عقابه - أرتكب فعلاً مما نص عليه في المادة السابقة - بشأن ما يجوز توقيع التدبير الإحترازي عنه - إذا كان من المحتمل أنه سوف يرتكب في المستقبل أفعالاً يجرمها القانون .

وبين من هاتين المادتين أن الخطورة الإجرامية - في نظر القانون الإيطالي - هي حالة تنبئ عما لدى الشخص من ميل إجرامي ، أو احتمال في ارتكاب الجريمة .

ثانياً : القانون البرازيلي : (٣٦)

عرف قانون العقوبات البرازيلي الصادر بالمرسوم بقانون ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٠ ، والتأخذ في أول يناير سنة ١٩٤٢ الخطورة الإجرامية بأنها : حالة تتوافر لدى الشخص الذي تسمح شخصيته وماضيه وبواعثه وظروف الجريمة ، باحتمال أن يرتكب مستقبلاً جريمة جديدة .

ويلاحظ من هذا التعريف أنه لا يتسع لفكرة الخطورة قبل الجريمة ، نظراً إلى أنه يفترض إنطباقه على شخص سبق له ارتكاب الجريمة .

الشروط المجردة الغير متوائمة مع الواقع .

ولا يخفى ما في هذا الإحجام من إهدار للمدالة إذا ما أعطى الحق في تقدير خطورة المجرم لغير أصحابه الجديرين به علمياً . لذلك فإنه يجب على الدول المتخذة هذا الإحجام سبباً أن تضمن تشريعاتها نصوصاً تقضي بعدم أحقية القاضي في اعتبار المتهم خطراً إجرامياً إلا بناء على رأى خبير متخصص . وغير ما بين لنا هذا الإحجام هو بعض الأمثلة التشريعية التي اتخذت منه منهاجاً :

أولاً : القانون الإيطالي : (٣٦)

نصت المادة ١٣٣ من القانون العقوبات الإيطالي سنة ١٩٣٠ على أن : القاضي عند ممارسة سلطته التقديرية لتوقيع العقوبة ، يجب أن يراعى ميل المجرم نحو ارتكاب الجرائم .

ونصت المادة ٢٠٣ من هذا القانون ، في باب التدابير الإحترازية ، على أنه بعد خطراً من الناحية الإجتماعية كل شخص - ولو لم يكن مستولاً جنائياً أو

التقديرية للقاضي وأن يضع قانون العقوبات بعض الإرشادات إلى القاضي المكلف بتحديد الخطورة الإجرامية ، كما نص على ذلك قانون العقوبات الإيطالي في المادة ١٣٣ منه (٣٦)

وقبل أن نعرض لتحليل بعض الأمثلة التشريعية المتخذة هذا الإحجام سبباً لتقدير مدى خطورة المجرم إجتماعياً - حتى يستنى تطبيق التدبير على نحو يناسب خطورته - يجدر بنا أن نبين أن هذا الإحجام بالرغم من نقد الفقه له على أساس توسعه لسلطة القاضي التقديرية بلا حدود ، إلا أنه يتواءم والواقع حتماً ذلك أن القاضي وهو يحدد تقدير الخطورة الإجرامية للشخصية المجرم لا يصطدم بالشروط القانونية المجردة التي يساهرها الإحجام الموضرى القانوني ، ولكنه يستطيع الإعتماد على الدراسات والدعوى العلمية التي تساعد على اكتشاف خطورة المجرم إجرامياً .

بل أكثر من ذلك فهو يستطيع وفقاً لواقع (الحقيقة) تحديد الخطورة الإجرامية بعيداً عن

ثالثاً: قانون أوجواي : (٣٨)

عرف قانون أوجواي لسنة ١٩٤١ الخطورة الإجرامية بأنها حالة تتوافر لدى الشخص فتكون سلوكه وحالته النفسية والخلقية ، السابقة أو الحالية ، وتفيد خطره اجتماعياً .

وهذا التعريف غامض قاصر ، إذ لا يكفل في ذاته معنى الخطر الإجتماعي الذي تنبئ عنه حالة الشخص .

رابعاً: القانون الأسباني: (٣٩)

عرفت المادة ٧١ من قانون العقوبات الأسباني - الصادر سنة ١٩٧٨ - الخطورة الإجرامية بأنها « حالة خاصة لاستعداد الشخص ، يتجم عنها احتمال ارتكاب الجريمة » .

المبحث الثاني

عناصر الخطورة الإجرامية

تمهيد :

بينما فيما سبق أن الخطورة الإجرامية هي « احتمال أن يصبح الفرد فاعلاً لجريمة » ، وهذا يفترض وجود أسباب للجريمة ، سواء داخلية -

جسمانية أو عقلية أو نفسية - تتعلق بذات المجرم ، أم كانت أسباب خارجية - إجتماعية ، اقتصادية - ترجع الى البيئة والوسط المحيط بالمجرم . ويقوم الاحتمال على فحص هذه الأسباب التي وجدت لدى المجرم والتساؤل عما إذا كانت ستؤدي الى ارتكاب جريمة تالية ،

كما تقدم يتضح أن الخطورة الإجرامية تقوم على عنصرين هما :-

١- الاحتمال .

٢- الجريمة التالية ، فإذا توافرا كنهال خطورة إجرامية لدى المجرم .

لذلك سنقدم - فيما يلي - مطلبين نتناول في أولهما : - مدلول الاحتمال - كمصطلح أول تقوم عليه الخطورة الإجرامية - ثم الجريمة - ثم الجريمة التالية - كعنصر ثانٍ - في المطلب التالي .

المطلب الأول

مدلول الاحتمال

يشتمل جوهر الخطورة الإجرامية في احتمال ارتكاب

الشخص في المستقبل جريمة ما . فلا يكفي إذن مجرد الشر الذي تنظر به حالته أو سلوكه غير الإجتماعي الذي يهدد به طالما لم يصل الى مرتبة الجريمة . ونحن نقضل الرجوع الى المعايير القانونية لتحديد معنى الجريمة المحتملة على ضوء حالة الشخص . وبذلك نلتمتع على مقياس موضوعي في تحديد معنى الجريمة التي تنسب اليها الخطورة ، ونقطع دابر كل تقدير شخصي في هذا المعنى . ولا شك أن الرجوع الى هذا المقياس الموضوعي هو نقطة بداية هامة إذا أردنا حقاً الاستفادة من نظرية الخطورة الإجرامية في كل من ميدان القانون وعلم الإجرام (٤٠)

ويؤيد هذا النظر الأستاذ /

محمود محمود مصطفى فيقول أن فكرة الخطورة الإجرامية تنبئ على مجرد الاحتمال وهذا كان وحده للقول بتعارضها مع الثبات القانوني الذي يتميز به قانون العقوبات ، وسواء بنى الاحتمال على حسابات أنثروبولوجية وإجتماعية ونفسية أو كان القانون يفترضه (٤١) .

الجنائية للتشريعات العقابية بصدد تطبيق التدبير الإحترازي ، ومدى عدالة التنظيم الجنائي الذى يتخذ من الإحتمال ضابطاً لتوقيع التدبير الإحترازي .

وتبين أهمية الإحتمال إذا علمنا أن الخطورة الإجرامية تتدرج فى الشدة حسب درجة هذا الإحتمال^(٤٤)

المطلب الثانى

الجريمة التالية

لا شك عندنا أن الخطورة الإجرامية هى التى تبين ما لدى صاحبها من إحتمال نحو ارتكاب الجريمة أو العود الى ارتكابها .^(٤٥)

فقد اشارت التعاريف السابقة للفقهية والتشريعية - التى أوردناها - الى كون موضوع الإحتمال هو ارتكاب جريمة ، ولكن شأها القصور عندما أغفلت تحديد نوع الجريمة أو جسامتها أو زمنها .

والجريمة التالية التى تقوم الخطورة الاجرامية باختصاص الأقدام عليها هى بطبيعتها غير معينة ويعنى ذلك أن هذه

أن تؤدى العوامل الموجودة الى حدوث النتيجة^(٤٦) .

بما تقدم يتضح أن الفارق بين الحتمية والإحتمال من ناحية ، والإمكان والاحتمال من ناحية أخرى ، هو فارق كمى يتوقف على كمية توقع حدوث النتيجة (ونوع الجريمة مستقبلاً) : كآثر لهذه العوامل الإجرامية .

ففى الحقيقة تزيد درجة التوقع الى حد التأكيد ، بينما فى « الإمكان » فتقل درجة

التوقع بحيث تنسدر بعكس الإحتمال الذى يغلب فى درجة التوقع اللازمة لوقوع الجريمة مستقبلاً بسبب العوامل الإجرامية . فإذا إبتئنا الحتمية كميّار للخطورة الإجرامية فسبؤدى ذلك الى ندرة إتخاذ التدبيرات الإحترازية ، أما إذا إبتئنا توافر الخطورة الإجرامية على مجرد الإمكان فمستتبع ذلك تطبيق التنابير الإحترازية تجاه معظم المجرمين فى حين أننا إذا إتخذنا من الإحتمال ضابطاً للخطورة الإجرامية ومنطاً لها فإننا نكون قد أمتدنا على مقياس موضوعى للخطورة الإجرامية يتحدد عن طريق إتجاهات السياسة

لذلك يجب أن نضع ضابطاً للإحتمال - يقاس عليه وفقاً للمعايير القانونية التى على ضوئها ينقضى التعارض بين الإحتمال - كمداول للخطورة - والثبات القانونى لقواعد قانون العقوبات وحتى يتضح المدلول الحقيقى للإحتمال يجب أن نميز بينه وبين الحتمية والإمكان .

التفرقة بين الحتمية والإحتمال والإمكان :

يحتل الإحتمال المنزلة الوسطى بين الحتمية والإمكان ، وهو وحده الذى يصلح تعريفاً للخطورة الإجرامية ، وأهم ما يشره التفرقة بين الحقيقة والإحتمال والإمكان هو تحديد ما إذا كان الفارق بينهم كميّاً أم هو مجرد فارق كمى^(٤٧) .

فالإحتمال : يعنى غلبة توقع أن تؤدى العوامل الإجرامية الى حدوث النتيجة (وهى ارتكاب الجريمة المستقبلى) .

أما الحتمية : فتعني تأكيد توقع حدوث النتيجة كآثر لهذه العوامل .

بينما الإمكان : يعنى قلة توقع

. ويعنى ذلك أن الخطورة يجب أن تنبعث من ظروف واقعية ملموسة فعالة ، تدل عليها أمارات واضحة . ولذا فإنه لا يكفى مطلقاً للقول بتوافر الخطورة الإستناد إلى مجرد الافتراضات . فمثلاً إذا قيل بأنه شخصاً ما لديه الإمكانيات اللازمة لكى يتمتع بحياة حسنة إلا أن لديه ميلاً إلى التفریط فيما لديه من موارد الحياة ، وأنه فى المستقبل عندما تلعب عنه الإمكانيات قد يصبح متشرداً أو سارقاً مما يجعله خطراً على المجتمع . لا يجوز فى هذا المثال القول بتوافر الخطورة الإجرامية لدى هذا الشخص لأنها مبنية على مجرد افتراضات وتكهنات ولا تؤسس على حالته الواقعية الملموسة .

ثانياً

تجسيد الخطورة فى أمارات

مادية

يجب أن تكون الخطورة مجسدة فى أمارات مادية تدل عليها وتنبئ عما ينبعث منها فلا يكفى لذلك مجرد الأمارات المجردة ، ومفاد ذلك أن ما يدل

شخص المجرم وليس واقعه أو وقائع مادية معينة .

فينبغى التمييز بين الجريمة السابقة التى صدرت عن المجرم والجريمة التالية التى يحتمل إقدامه عليها فالأولى قرينة على الخطورة ، ويستمد القاضى منها ومن ظروفها جانباً من الأدلة على الإحتمال الذى تقوم به الخطورة ، ولكن الثانية هى موضوع هذا الإحتمال ، أى هى الموضوع الذى تنصرف اليه الأدلة المستخلصة من الجريمة السابقة . وبين الاثنين بعد ذلك فرق جوهري .

فالجريمة الأولى معينة باعتبارها قد ارتكبت فعلاً ولكن الثانية - كما قدمنا غير معينة (٤٦)

المبحث الثالث

خصائص الخطورة الإجرامية (٤٧)

أولاً

الإعتماد على ظروف واقعية

لا مفترضة

يجب أن تكون الخطورة (الإجرامية) حقيقة لا مفترضة

الخطورة تقوم إذا كان محتملاً إقدام المجرم على سلوك إجرامى أياً كان ، تقوم به جريمة من الجرائم ، ومن ثم لم يكن من عناصر الخطورة إحتمال إقدام المجرم على جريمة معينة بالذات ، ويستتبع ذلك أنه لا محل لاشتراط جسامه معينة فى الجريمة التالية ، ولا محل كذلك للقول بأنه يشترط أن يكون إقدامه عليها متوقعاً فى خلال وقت معين من تاريخ ارتكابه الجريمة الأولى .

ويفسر ذلك أن وظيفة التدبير الاحترازى ليست وقاية المجتمع من جريمة معينة بالذات ، ولكنها وقايته خطورة الإجرام بصفة عامة ومن ثم ساع أن توضع الجرائم جميعاً موضع المساواة فى تقدير هذا العنصر من عنصرى الخطورة الإجرامية.

ويكشف ذلك عن الوجه الحقيقى للخطورة الإجرامية : فهى إحتمال منصرف الى المجرم بإعتبار أنه سوف يرتكب جرائم جديدة أكثر منها إحتمال منصرف الى هذه الجرائم ذاتها . ويعنى ذلك أن موطن الخطورة هو

ثالثاً

أن تكون الخطورة حاضرة

أو يحتمل أن تتوافر لديه أهلية جنائية ترشحه للإجرام ، لأن الأمر الأول يتعلق بخطورة سابقة ، والأمر الثانى يتعلق بخطورة مستقبلية : وقد سبق أن بينا أن الخطورة يجب أن تكون حقيقية ، بما يحتم أن تكون كذلك خطورة حاضرة .

وقد ثار البحث عما اذا كانت فكرة الخطورة الاجرامية تقتضى تحديد الوقت الزمنى الذى يجب أن يضى بين اللحظة التى تتوافر فيها الخطورة ولحظة ارتكاب الفعل المحتمل وقوعه .

وأنكر البعض الفائدة العملية لهذا الشرط وقال بأنه يكفى أن يكون الإحتمال جدياً ، ذهب البعض الآخر الى أنه لا يشترط فى الخطورة أن تكون حالة . بناء على أن مجرد الإحتمال يكفى لتوافر الخطورة بجميع نتائجها القانونية ، دون حاجة الى إشتراط أن يكون هذا الإحتمال قريباً .

وعندنا أنه لا تناقص بين القول بالخطورة الحالية والاكتفاء بمجرد الإحتمال بوقوع الجريمة . فالخطورة الحالية أمر لا بد منه ،

يجب أن تكون الخطورة الاجرامية حاضرة ، فلا تكفى مجرد الخطورة السابقة أو المستقبلية . وإستبعاد الخطورة السابقة أمر مفهوم ، بالنظر الى أنه لا أثر لها فى مجال الإجرام الحالى ، ولا حاجة للتدخل ضد حالة مضت وبالنسبة الى الخطورة المستقبلية ، وهى التى تدل عليها ما يحتمل توافره من أهلية جنائية لدى الشخص ، فإنه لا أهمية كذلك فى بحث الخطورة الإجرامية لأن هذا البحث يفترض توافر أسبابها وتحقق الأهلية الجنائية لدى صاحبها فليس الأمر المحتمل توافره عند الشخص هو أهليته الجنائية . بل أن الغرض هو توافر هذه الأهلية فعلاً ، أما الإحتمال فينصرف الى الأفعال الإجرامية المستقبلية التى تصدر عن حالته الحاضرة الحقيقية . وبعبارة أخرى ، فلا يكفى لتوافر الخطورة الإجرامية لدى الشخص ما أن يقال بأنه كانت لديه أهلية جنائية فيما مضى ،

على الخطورة يجب أن يتمثل فى أفعال معينة ملحوظة فى العالم الخارجى أو وقائع مقررة أو معلومات لا تقبل المناقشة . فلا يمكن أن تنبئ على مجرد أفكار مجردة ولو كانت غير مطابقة للروح الإجتماعية السائدة .

وقد ذهب البعض بناء على ذلك إلى إستبعاد الجرائم السياسية من نطاق ما تهدد به الخطورة الإجرامية ، ونحن لا نؤيد هذه النتيجة ، ذلك لأن الجريمة السياسية لا تقوم على مجرد إعتناق فكرة سياسية غير مشروعة وإنما تؤسس على ارتكاب فعل مادى له مظهر فى العالم الخارجى ويهدد بخطورة معينة .

وفى الوقت ذاته لا يجوز أن يستدل على مجرد إعتناق أحد الأشخاص للأفكار السياسية غير المشروعة أن لديه خطورة إجرامية نحو الجرائم السياسية لأن طبيعة الخطورة تفترض الإستدلال عليها من أفعال مادية ملموسة .

فى مجتمعات معينة لا يمثل خطراً اجتماعياً بقدر ما يمثل هذا الخطر فى مجتمع آخر .

وبالنسبة الى العلاقات الفردية بين الأشخاص ، نجد ذلك واضحاً فى أثنين من الأشخاص أصيبا بمرض عقلى على درجة واحدة من الجسامة الا أن أحدهما يبدو عليه أنه لن يرتكب مستقبلاً أى سلوك غير إجتماعى ، بخلاف الآخر الذى يبدو من حالته احتمال واضح نحو الإلدام على ارتكاب جريمة .

وبتحليل وضع هذا الأخير تبين أنه وقع فى برائن مجموعة من الناس لجحوا فى إغوائه واستخدامه كأداة للإجرام .

وبين من ذلك أن خطورة هذا الأخير قد توقفت على ما قامت بينه وبين بعض من صادفهم من الأشخاص من علاقات معينة .

ليس هذا فحسب ، بل أن توافر الخطورة تتوقف أيضاً على مدى ما قد تلجأ اليه بعض الدول من التدابير الاحترازية نحو الشواذ من الناس أو من ترشعه الظروف إلى الخطورة

إجتماعى . فهى بذلك تتوقف على الحالة الإجتماعية السائدة فى لحظة توافرها ووقفا للعلاقات الفردية بين الأشخاص ، وما يتمتعون به من مساعدات علاجية .

فبالنسبة الى الحالة الإجتماعية ، نجد أن تجريم الافعال الإجتماعية وتفاوت العقوبات المقررة لها يتوقف على نظرة المجتمع بواسطة المشرع الى مدى توافق هذه الافعال مع النظام الإجتماعى .

ويبدو ذلك واضحاً بالنسبة الى للجرائم الاقتصادية التى تتوقف - سواء بالنسبة الى مبدأ التجريم أو بالنسبة الى قدر العقاب - على الظروف الاقتصادية ، فالتاجر الذى يتمتع عن بيع سلعة معينة قد لا يعتبر خطراً على المجتمع فى ظروف معينة وقد تتوافر فيه الخطورة فى ظروف أخرى .

كما أن الإحتكار والإستغلال لا يعد خطراً اجتماعياً فى مجتمع رأس مالى ، بقدر ما يعد خطراً اجتماعياً كبيراً فى مجتمع اشتراكى . والإجهاض

لأنها وحدها هى التى تقتضى تدخل المشرع . وقد سبق أن بينا فيما تقدم ضرورة إستبعاد الخطورة المستقبلية من هذا المجال .

وتعتبر الخطورة حالة طالما كانت تنذر بوقوع الجريمة مستقبلاً مهما كان الوقت الذى ينتظر فواته قبل ارتكابها ، لأن الأثر المباشر للحالة النفسية الخطرة التى تمر بالشخص هو مجرد الإحتمال بارتكاب الجريمة ، أما تاريخ وقوع الجريمة مستقبلاً فهو أمر لا يدخل فى فكرة الخطورة ذاتها .

ولذا فنحن لا نعتبر الخطورة الحالة خصيصاً مستقلة من خصائص الخطورة الإجرامية .

(أربعاً)

نسبة الخطورة الإجرامية

تنطوى الخطورة الإجرامية بحسب طبيعتها على تهديد للنظام الإجتماعى ، بإعتبارها حالة تعرض الشخص لإرتكاب أفعال يجرمها القانون .

ويقتضى هذا الفرض أن الخطورة الإجرامية تعد فكرة نسبية بالنسبة الى كل نظام

إنفصالها عن الجريمة التي قد تنجم عنها والتي يجب أن تتمثل في سلوك إجرامي إرادي .

المبحث الرابع

تتميز الخطورة الإجرامية عما يشتهب بها

تعليد:

يتعين لإيضاح فكرة الخطورة الإجرامية أن نميز بينها وبين ما استشه بها من أفكار وهي الخطر والنزعة الإجرامية والمسئولية الجنائية والخطورة الاجتماعية .

وفيما يلي نتناول كل منها على حدة في مطلب مستقل .

المطلب الأول

الخطورة الإجرامية والخطر

الخطر هو وصفاً يرد على نوع من الجرائم لا يشترط فيه القانون وقوع ضرر فعلي (١٨٨) (جرائم الخطر) ، بل يقتصر على مجرد التهديد بالضرر دون حدوثه .

فهو وصف يرد على النتيجة التي تعد عنصراً للركن المادي

بأنها غير إرادية بمعنى أن توافرها لا يتوقف على إرادة صاحبها .

وبسبب ذلك واضحاً فيما يتعلق بمصادرها غير الإرادية كالمرض العقلي ، وكذا بالنسبة الى الأحوال الأخرى ، حيث تتوافر الخطورة نتيجة لتفاعل بعض العوامل الداخلية والخارجية .

إلا أنه يحول دون إعتبارها حالة غير إرادية كذلك أن يكون لصاحبها دخل في توافرها كما إذا كانت ترجع إلى تناول الخمر أو تعاطيه المواد المخدرة . ففي هذه الحالة يكون تناول الخمر أو المخمور مجرد محرك أو كاشف لذاتية الخطورة التي تقبل الى الإجرام عند توافر هذا المؤثر الخارجي .

هذا بخلاف السلوك الإجرامي الذي ينبعث من خطورة صاحبه فإن القانون لا يعتقد به ما لم تتوافر الإرادة الإجرامية في مباشرته عند من فارقته .

وتتميز الخطورة الإجرامية بأنها حالة غير إرادية يؤكد

مستقبلاً ، والتي تتمثل في المساعدات الطبية العقلية والاجتماعية لمعالجة حالتهم وعلى نحو لا يؤدي الى التهديد بإرتكاب الجريمة ، أى عدم نشوء الخطورة الإجرامية لديهم .

والخلاصة أن الخطورة الإجرامية فكرة نسبية تعتمد على الحالة الاجتماعية السائدة والعلاقات بين الناس ، وما تتخذ الدول من تدابير احترازية

وفي هذا المعنى قرر المؤتمر الدولي الثاني لعلم الإجرام المنعقد في باريس سنة ١٩٥٠ أن الخطورة الإجرامية تعد أساساً فكرة نسبية للنظام الاجتماعي ، وتقدر وفقاً للحالة الاجتماعية السائدة والعلاقات بين الأشخاص وإحتصالات المساعدات الاجتماعية والطبية العقلية التي توجه عليهم .

خاتمة

الخطورة حالة غير إرادية

تبيننا من تعريف الخطورة الإجرامية أنها حالة تقرر بالشخص . وتتميز هذه الحالة

مشترك بين تعريفى جاروفالو وجريسبى للخطورة الإجرامية ، فقد ذكرا ما يقيد أن الخطورة الإجرامية ما هى الا الأهلية الجنائية للشخص التى تؤهله لإرتكاب الجريمة أو العود الى إرتكابها .

وبما لاشك فيه أن التعبير عن الخطورة الإجرامية بالأهلية الجنائية يؤدى الى الخلط بين الخطورة الإجرامية والمسئولية الجنائية ، إذ أن الأهلية الجنائية تعد شرطاً ضرورياً لتوافر المسئولية الجنائية .

على أنه إذا ميزنا بين كل من الخطورة الإجرامية والمسئولية الجنائية يتضح مدى ما تتميز به الخطورة الإجرامية من معنى خاص يختلف عن المسئولية الجنائية .

لذلك فقد أفردنا فروعاً ثلاثتناول فى أولهم أوجه الخلاف بين الخطورة والمسئولية الجنائية ثم نليه بفرع ثان لبيان كيفية التوفيق بين الفكرتين ، ثم خاتمين ذلك بمقارنته بين الخطورة ونظرية المسئولية المخففة وذلك بعد بيان ماهيتها .

الإحتمال والإمكان فارق كمى وليس كىفى ، وبناء على هذا الاختلاف يتضح التمييز بين الخطورة الإجرامية والنزعة الإجرامية ، فعلى حين يشكل الإحتمال ضابطاً للخطورة التى تعتبر مفترضاً لاتخاذ التدبير الإحترازى فإن قيام النزعة الإجرامية على الإمكان يؤدها كمبرار لإستخدام القاضى لسلطته التقديرية فى تطبيق العقوبة فيما بين الأدنى والأقصى .^(١٠)

وقد رأينا أن الإمكان لا يكفى لترتيب آثار قانونية نظراً لأنه قائم لدى معظم الأفراد ، فضلاً عن أن القانون لا يهتم إلا بقدر الإمكان الذى يشكل خطورة بالنسبة للمجتمع وبالتالي يتطلب الإحتمال لترتيب الآثار القانونى^(١١) .

المطلب الثالث

الخطورة الإجرامية

والمسئولية الجنائية

تقديم :

من أستقرأ التعاريف التى اوردناها - سالفاً - للخطورة الإجرامية يبين أن هناك شق

للجريمة ، فالخططر يعبر عن خطورة موضوعية تلحق الفعل ، بعكس الخطورة الإجرامية التى تعبر عن خطورة شخصية لأنها وصف يلحق الفاعل .

كما تقدم يتضح الخلاف بين فكرة الخطورة الإجرامية وفكرة الخطر ، وذلك على الرغم من تشابههما فى معنى واحد هو إحتمال ارتكاب جريمة .

المطلب الثانى

الخطورة الإجرامية والنزعة الإجرامية

قدمنا أن الخطورة الإجرامية تقوم على مجرد الإحتمال ، وأن الإمكان لا يصلح معياراً لتحديد مدى توافر الخطورة الإجرامية من عدمه .

وبناء على ذلك يبين الإختلاف بين الخطورة الإجرامية والنزعة الإجرامية ، فهى تتبنى الأولى على الإحتمال فإن الثانية تقوم على الإمكان .

فالخطورة هى حكم بإحتمال بينما النزعة هى حكم بالإمكان^(١٢) فالقارق - كما أسلفنا بين

الفرع الأول

الخلافاً بين الخطورة

والمسؤولية الجنائية

أجمل أستاذنا الدكتور / أحمد فتحي سرور - في بحثه المنشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٣٤ سنة ١٩٦٨ ، ص ٥١٣/٢٣ - أوجه الخلاف بين الخطورة الإجرامية والمسؤولية الجنائية في النقاط الثلاث الآتية :

أولاً ، تواجه الخطورة الإجرامية المستقبل ، إذ هي لا تتعلق الا بإحتمال ما قد يصدر عن الشخص من جرائم في المستقبل .

هذا بخلاف المسؤولية الجنائية فهي تواجه الماضي ولا تتعلق بجريمة يحتمل صدورها عن الشخص بل بما وقع منه بالفعل .

ثانياً ، تكفي الخطورة الإجرامية وحدها لاتخاذ التدابير الإدارية ولو لم تتوافر المسؤولية الجنائية ولا يكفي لذلك مجرد توافر الخطورة .

هذا دون إخلال باعتبار الخطورة الإجرامية مناصاً لتقدير

صدى ما يقضى به من هذه الجزاءات ، سواء كان من العقوبات أو من التدابير الاحترازية .

ثالثاً ، تفترض المسؤولية الجنائية توافر الإرادة الحرة لدى الشخص ، بخلاف الخطورة الإجرامية فانها قد تتوافر بغض النظر عن توافر هذه الإرادة لدى صاحبها .

الفرع الثاني

التوفيق بين الخطورة الإجرامية والمسؤولية الجنائية

على الرغم من الاختلاف الجوهرى بين فكرتى الخطورة الإجرامية والمسؤولية الجنائية ، فإنه لا تعارض بينهما .

فقد تتوافر المسؤولية الجنائية والخطورة الإجرامية معاً لدى الشخص ، وفي هذه الحالة يجوز الحكم على الجانى بالعقوبة أو بالتدبير الاحترازى الملائم حسب الأحوال . مع ملاحظة أن الخطورة الإجرامية في هذه الحالة يقتصر دورها على اعتبارها مناصاً لمضمون ما سيحكم به القاضى من عقوبة أو تدبير .

هذا بخلاف ما إذا كان توافرت الخطورة الإجرامية وحدها دون المسؤولية الجنائية ، فانها قد تعتبر أساساً لاتخاذ التدبير الاحترازى الإدارى (٥٢)

لذلك فانه يمكن التوفيق بين الفكرتين على الرغم من التعارض فى مجالها ، فلا يوجد ما يحول دون إعتبار الشخص خطر ومسئول جنائياً فلكل من الفكرتين مجاله المستقل عن الآخر .

الفرع الثالث

الخطورة والمسؤولية المخففة

أولاً : نظرية المسؤولية المخففة (٥٣)

ذهبت المدرسة الكلاسيكية الحديثة الى أن دور المسؤولية الجنائية لا يقتصر على مجرد إعتبارها أساساً لمبدأ الحكم بالإدانة ، بل أنها تعد أساساً لبداً تفريد العقاب . وقالت بأن «مسؤولية الجنائية تتفاوت الى عدة درجات بقدر نجاح المقاومة فى كبت قوى الشر لدى الفرد ، وذلك وفقاً لحالته النفسية ، وخاصة ما ترتبت على حالته

تختلف عن الخطورة الإجتماعية ،
أما أن الأئتين حقيقة واحدة .

فمن الفقهاء من يعتبرها
حقيقة واحدة على أساس أن
خطر وقوع جريمة ما مستقبلاً
لا يحد أن يكون خطراً
إجتماعياً ، وبخلص هذا الإتجاه
الى أن الخطورة الجنائية نوع من
جنس واحد هو الخطورة
الإجتماعية .

ومنهم من يفرق بين النوعين
من الخطورة ، وفي سبيل
التفرقة بينهما نجد من الفقهاء
(أنريكوفري) من يقول على
مقياس زمني فيعتبر الخطورة
السابقة على إرتكاب الجريمة
خطورة إجتماعية ، بينما تكون
الخطورة إجرامية متى كانت
تالية على الجريمة .^(٥٥)

بينما يعتمد البعض الآخر
على مقياس قانوني ، يتخذ من
غاية الخطورة مقياساً عملياً بين
الخطورتين الإجتماعية والإجرامية .
مثال ذلك : الدكتور عبد الفتاح
الصيفي ، الذي اعتبر الخطورة
إجتماعية إذا كان من المحتمل
أن تؤدي الى ضرر إجتماعي ،
وتكون الخطورة إجرامية إذا

عذراً قانونياً لتخفيف العقاب ،
يعني أن مقدار العقوبة المحكوم
بها يجب أن يتحدد وفقاً لقدرة
المسئولية فتخفف العقوبة تبعاً
لدى ضعف المسئولية - يتضح
هنا الاختلاف بين المسئولية
المخففة والخطورة الإجرامية
بالرغم من احتمال حدوث الالتباس
لإلتحاق كل منهما في تطبيق نوع
مخفف من العقوبة .

وعلة هذا الخطأ هو ظهور
فكرة الدفاع الإجتماعي في
نوعها الجديد التي ترمي الى
الدفاع عن المجتمع عن طريق
اصلاح المجرم وإعادة تربيته
إجتماعياً . متى كان ذلك ،
وكان ضعف حرية الإختيار
ولدى الجاني ، أن دل فأنما يدل
على خطورته ويقدر زيادة
هذا الضعف تزداد الخطورة ،
بما يتعين معه لا القول بمعاملته
على نحو مخفف وإنما باتخاذ
تدابير احترازية ملائمة لصده
الخطورة وعلاجها^(٥٦) .

المطلب الرابع

الخطورة الإجرامية والخطورة الإجتماعية

يختلف الفقه عموماً بالنسبة
لما إذا كانت الخطورة الإجرامية

العقلية وصحته ، وأن العقوبة
يجب أن تتحدد بقدر هذه الحالة
الشخصية . وبعبارة أخرى فإن
قياس العقوبة يجب أن يتحدد
وفقاً لمقياس مسئوليته .

والمسئولية المخففة بسبب
ضعف المقاومة تختلف عن
الظروف المخففة ، فالأولى ترجع
الى حالة الذاتية أو العقلية أو
الصحية لا إلى واقعة عارضة .

ويترتب عليها تفهيد وإضعاف
طاقته الإرادية وقوته في
مقاومة الشر تبعاً لذلك . بينما
الثانية ترجع الى مجرد ظروف
واقعية عارضة وتترك لمطلق
تقدير القاضي .

وقد استلخصت المدرسة
الكلاسيكية عما تقدم أن عدم
توافر المسئولية الجنائية يعتبر
سبباً قانونياً لعدم توقيع العقاب ،
وأن نقص المسئولية يجب
إعتباره عذراً قانونياً لتخفيف
العقاب .

ثانياً ، مقارنة بين الخطورة والمسئولية المخففة :

من استعراض ما ذهب اليه
نظرية المسئولية المخففة - من أن
نقص المسئولية يجب إعتباره

المبحث الخامس

العوامل المحددة لدرجة جسامة الخطورة الإجرامية

تقديم:

تتدرج الخطورة الإجرامية وتتفاوت في حدتها من حيث مدى بشاعتها ، وقد دأب الفقه على بيان ثلاثة معايير ، مرجعين أحدهم كمعيار يصلح لتقدير مدى جسامة الخطورة الإجرامية . ويختلف هذه المعيار الراجح حسبما اعتبرنا له تأثيره في حدة الخطورة .

ويضيق المقام هنا عن إيراد كل ملاحظاتنا بشأن هذه المعايير ومدى اعتبار كل منها في جسامة الخطورة ، ولذلك نستتصر على تناول هذه المعايير في إطار موضوعي قريب من التقدير ، خافين ذلك ببيان رأينا في الموضوع .

المعيار الأول : المصلحة

أ. دة بالضرر :

تتجه الخطورة الإجرامية لأحداث الجريمة التي هي إعتداء على المصالح الفردية أو الإجتماعية التي يحميها

بينهما على أساس الضرر المتوقع حدوثه ، وذلك لأن الضرر الجنائي يدخل في مضمون الضرر الاجتماعي . فنضاق الضرر الإجتماعي أوسع من نطاق الضرر الجنائي ، فإننا في مجال قانون العقوبات لا يهتم إلا بذلك الضرر الإجتماعي المؤدى الى عمل لا اجتماعي ، وأن حدود اللا إجتماعية تتحدد بناء على تحديد الواقعة التي يهتم بها قانون العقوبات ، وهو لا يهتم إلا بالأفعال الإجرامية .

ونوافق رأى الدكتور / محمود محمود مصطفى من « أن الوضعين لم يقصدا بالخطورة الإجتماعية المعنى العام لهذه العبارة ، وإنما الخطورة الإجرامية بالذات ، أي الخطورة التي يحتمل معها أن يرتكب شخص جريمة ، أما إذا كان يخشى أن يرتكب الشخص فعلاً غير اجتماعي لا بعد جريمة ، فإن ذلك يخرج بلا شبهة من مجال العلوم الجنائية » (٥٨) .

كانت من المحتمل أن تؤدي الى ارتكاب جريمة مستقبلية (٥٩) .

في حين إتخذ البعض من المحتمل الذي ترد عليه الخطورة (الشخص ذاته) - والخطورة كما أسلفنا تلحق الفاعل ولا تلحق الفعل - معياراً للتمييز بين الخطورة التي تستخلص من الشخصية الإجرامية والخطورة الإجتماعية . كالفقيه بنين ، الذي أكد أن الخطورة الإجتماعية هي تلك الخطورة التي تستخلص من شخصية الفرد قبل ارتكابه لأية جريمة ، أما الخطورة الإجرامية فهي التي تستخلص من ارتكاب أو محاولة ارتكاب جريمة (٥٧) .

بعد أن استعرضنا الرأي المؤيد للتمييز بين الخطورة الإجرامية والخطورة الإجتماعية ، والرأي الرافض لهذه التفرقة نود أن نشير الى أن الخطورة لا تختلف في نوعها ، سواء أكانت قبل ارتكاب الجريمة أو بعدها فالجريمة لا تزيد على أن تكون أمانة تساعد في الكشف عن الخطورة .

كذلك لا يمكننا أن نفرق

القانون . فالخطورة إذن هي تهديد بالإعتداء على هذه المصالح أى تهديد مصالح الفرد والمجتمع بالضرر ، ومن المنطقي تبعاً لذلك أن تزداد خطورة المجرم جسامة كلما كانت المصلحة المهددة بالضرر ذات أهمية معينة ، ويُقدَّر درجة التهديد . أى الخطورة الإجرامية وفقاً لهذا المعيار - لتحسده بكمية الأضرار التى من المحتمل أن تصيب المصالح أياً كانت إجتماعية أو فردية ،

وهذا يعيد إلى اللهن ما ذهب إليه جاروفالو إلى أن درجة الخطورة تتخذ وفقاً لمبلغ الإحتمال نحو العودة إلى الإجرام ومدى الخوف من الواقعة الإجرامية ، وهو ما يتوقف على أهمية المصالح التى تهددها هذه الواقعة . وبذا يبين أن جسامة الخطورة فى نظر جاروفالو وفقاً لعاملين هما : جسامة الاحتمال نحو وقوع الضرر ، وجسامة الضرر المحتمل ذاته ^(٩٩) .

نقد :

لم يسلم هذا المعيار من النقد - من جانب بعض العلماء - ذلك

أن تحديد درجة الخطورة أمر يسبق المصلحة التى يحتمل أن يصيبها الضرر ، فقبل أن نقول بأن مصلحة ما - فردية كانت أو إجتماعية - يحتمل أن يصيبها الضرر ، مما يؤدي إلى إحتمال وقوع الجريمة اعتداءً على هذه المصلحة ، يجب من الناحية المنطقية أن تؤكد أولاً توافر الخطورة الإجرامية وتحديد درجتها ، أى تحديد درجة الخطر الذى يهدد هذه المصلحة والذى قد يؤدي إلى وقوع الجريمة .

فالأهمية الموضوعية للضرر المحتمل لا يمكن أن تعد مقياساً لجسامة الحالة الشخصية التى يجب البحث عنها فى نفسية الجاني ، وأن الأثر المادى الذى يخشى من وقوعه لا يمكن التحقق منه ومعرفة إلا بعد التأكد من سببه وتحديد ^(١٠٠) .

المعيار الثانى : إحتمال ارتكاب جريمة :

لما كان الإحتمال نحو ارتكاب الجريمة أو العودة إليها هو جوهر الخطورة الإجرامية ، فإنه لا مناص من التسليم بأهمية مقدار الإحتمالية فى تحديد

مدى جسامة هذه الخطورة والقول تبعاً لذلك بازدياد جسامة الخطورة مع إزدياد درجة الإحتمال وتضاؤلها تبعاً لهذا الاحتمال ، كما أنها فى الوقت ذاته تزيد أو تقل وفقاً لقرب هذا الإحتمال أو بعده .

ولاشك أن تقدير درجة الإحتمال يتوقف مباشرة على أهمية العوامل المنشئة للخطورة وعددها ودوامها فهذه العوامل تحدد وتكيف الحالة النفسية التى تستفاد منها الخطور ^(١٠١) .

المعيار الثالث : العوامل المنشئة للخطورة :

قيل بأن الخطورة الإجرامية تتوقف على مدى أهمية العوامل المنشئة لها وتأثيرها على شخصية المجرم ، فالجريمة إذ تعود إلى عوامل مختلفة تتفاوت من حيث الأهمية ، فإنه من الطبيعى أن تكون درجة جسامة الخطورة مرتبطة بالعامل المنشئ لها بأهميته . وهكذا فالخطورة التى تعود إلى عوامل داخلية هى أشد من الخطورة التى تعود إلى عوامل خارجية ^(١٠٢) .

فالخطورة الاجرامية تخفى جريمة متوقعة ، وتكون جسامة الخطورة فى جانب منها مرتين بجسامة تلك الجريمة التى يخشى وقوعها كما أنها ترتبط بمدى كثافة الاحتمال شديداً وواضحاً أصبح حدوث الجريمة أكثر قرباً وأشد خطراً .

كما أن الخطورة نتيجة مجموعة من العوامل الخارجية التى تتوى جانب الواقع الى ارتكاب الجريمة أو تضعف جانب المقاومة ، وهى بالتالى تعتمد على مدى عمق هذه المؤثرات ودوامها وسيطرتها المستمرة على شخصية الفرد وتأثيرها عليه .

خاتمة

الآن وقد فرغنا من بحث الخطورة الإجرامية كشرط لإتزال التدبير الإحترازى ، وتعرضنا لأهم ما تشهده من مشكلات ، نجمل فيما يلى النتائج التى إنتهينا إليها من هذا البحث :-
(أولاً : لا تلازم بين الخطورة الإجرامية والجريمة ويمكن تصور الخطورة دون جريمة ، إلا أننا

لا يصلح للدلالة على جسامة الخطورة ، فإذا كانت الجريمة هى حصيللة ثلاثة عوامل (أنثروبولوجية وليزيائية واجتماعية) فانه يصعب أن ترجع الخطورة الى أحد هذه العوامل ونستبعد العوامل الأخرى . فالخطورة كالجريمة هى على الغالب حصيللة هذه العوامل وليست نتيجة لإحدها دون الآخرين ، صحيح أن الخطورة التى تعود الى عوامل داخلية هى أشد من الخطورة التى تعود الى عوامل خارجية بوجه عام . ولكن ذلك ليس أمراً حتمياً فى كل حالة منفردة فقد ترجع خطورة الفرد فى بعض الحالات الى العوامل الخارجية فحسب (٦٤) .

(إينافى الموضوع :

الواقع من الأمر أنه لقياس الخطورة الإجرامية وتقدير درجة جسامتها يتعين الأخذ بعين الإعتبار هذه المعايير الثلاثة (المحتملة) مجتمعة . فكل معيار من المعايير التى ذكرت لا يصلح لأن يكون معياراً وحيداً وكافياً من أجل تقدير مدى جسامة الخطورة الإجرامية

فتدرج الخطورة يتوقف على مدى أهمية العوامل المنشئة لها وتأثيرها فى الشخصية ، وقد سبق للمدرسة الرضعية أن قسمت المجرمين وفقاً لعوامل الإجرام : فالمجرمون بطبيعتهم والمجرمون مختلوا العقل يرجع إجرامهم أولاً الى العوامل الخارجية . بينما المجرمون بالصدفة والمجرمون المعتادون يرجع إجرامهم أولاً الى العوامل الخارجية . وقد قيل بأنه كلما كان الإجرام راجعاً الى العوامل الداخلية أكثر من رجوعه الى العوامل الخارجية ، كانت الخطورة الإجرامية أشد درجة .

وبعبارة أخرى ، فانه كلما قل تأثير العوامل الخارجية فى التأثير على الشخصية الإجرامية كلما زادت الخطورة المنبثقة منها . ولا يقف الأمر فى معرفة درجة جسامة الخطورة على الرجوع الى العوامل المنشئة لها ، بل يتوقف أيضاً على مالها من تأثير مؤقت أو دائم على الشخصية الإجرامية (٦٥) **نقطة**

ويبدو فان هذا المعيار

ثالثاً: تختلف الخطورة وتتميز عن الخطورة والنزعة الإجرامية والمسؤولية الجنائية والخطورة الاجتماعية .

رابعاً : أنه لقياس مدى جسامه الخطورة الإجرامية يجب الأخذ بعين الاعتبار جميع المعايير التي قيلت في تحديد درجة جسامتها . ومن الخطأ الاعتماد على معيار دون سواه لأن لكل من المصلحة المهددة بالضرر والإحتمال نحو ارتكاب الجريمة والعوامل المنشئة للخطورة دوره الفعال في تحديد كم الخطورة الإجرامية .

الإنسان ، وإنما يفترض حماية الإنسان لتحقيق حماية المجتمع .

ومن أجل ذلك فإننا نوافق رأى أستاذنا الدكتور / أحمد فتحي سرور من إنتقاد موقف المشرع عندنا بتجريم حالتي التشرد والإشتباه .

ثانياً : الخطورة الإجرامية حالة تكشف عما لدى الفرد من إحتمال أن يصبح فاعلاً لجريمة ويتمين أن تستند هذه الحالة الى ظروف واقعية حتى تتجدد في أزمات مادية تجعلها حاضرة .

لا نوافق على مساهمة من توافر لديه هذا النوع الأخير من الخطورة جنائياً ، لما ينطوي عليه من خروج على روح قاعدة الشريعة والمساس بالحريات الفردية .

هذا دون إخلال بسلطة الدولة في الدفاع الإجتماعي من غير طريق الجزاء الجنائي . على أنه حتى في هذه الحالة يجب مراعاة الحرية الفردية وتنظيم تدابير هذا الدفاع التي سوف تخرج من دائرة الجزاءات تنظيماً يحافظ على الحرية الفردية ، وذلك لأن الدفاع الإجتماعي الجديد لا يقوم على حماية المجتمع من

هوامش الخطورة الإجرامية

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

- (١) نظرية الخطورة الإجرامية بحث منشور بالعدد الثاني من مجلة القانون والإقتصاد السنة ٣٤ سنة ١٩٦٤ للأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور ص ١ / ٤٩١ .
- (٢) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور المرجع السابق . ص ١ / ٤٩١ .
- (٣) رسالة دكتوراه « النظرية العامة للتدابير الاحترازية » - أمجاد / حسين كامل محمد عارف سنة ١٩٧٦ ص ١٣٩ .
- (٤) د - أحمد فتحي سرور المرجع السابق ص ٧ / ٤٩٢ ، ص ٣ / ٤٩٣ .
- (٥) رسالة دكتوراه « دراسة مقارنة للنظرية الاحترازية العامة للتدابير الاحترازية - إصدار / عبد الله سليمان سليمان سنة ١٩٨٢ ص ٢٢٦ .
- (٦) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور المرجع السابق ص ٣ / ٤٩٣ ، ص ٤ / ٤٩٤ .
- (٧) أستاذنا الدكتور / أحمد فتحي سرور المرجع السابق ص ٤ / ٤٩٤ . ص ٥ / ٤٩٥ .
- (٨) د - حسين كامل المرجع السابق ص ١٥٨ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

- (٩) الأستاذ الدكتور / مأمون محمد سلامة النظرية العامة للمقربة والتدبير الاحترازي ١٩٨٠ / ١٩٨١ ص ١٤٧ .
- (١٠) د . مأمون سلامة المرجع السابق ص ١٤٧ .
- (١١) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور - ص ٥٢ / ٥٤٣ . المرجع السابق .
- (١٢) د . حسين كامل - النظرية العامة للتدبير الاحترازية سنة ١٩٧٦ ص ١٥٨ .
- (١٣) المصمم الوسيط الصادر عن مجمع اللغة العربية - الجزء الأول سنة ١٩٦٠ م ص ٢٤٣ .
- (١٤) المتجدد في اللغة والأدب والعلوم ص ٨٨ .
- (١٥) مختار الصحاح للشيخ الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي - رحمه الله ، عن يترجمه السيد / محمود خاطر ص ١٠٠ .
- رسالة دكتوراه - إعداد عبد الله سليمان و دراسة مقارنة للنظرية العامة للتدبير الاحترازية سنة ١٩٨٢ ص ٢٣١ .
- (١٦) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور المرجع السابق ص ٦ / ٤٩٦ .
- (١٧) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور - المرجع السابق ص ٦ / ٤٩٦ ، ص ٧ / ٤٩٧ .
- (١٨) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور - المرجع السابق ص ٧ / ٤٩٧ .
- (١٩) رسالة دكتوراه - النظرية العامة للتدبير الاحترازية - إعداد / حسين كامل سنة ١٩٧٦ ص ١٤٢ .
- (٢٠) أصول قانون العقوبات في الدول العربية . للأستاذ الدكتور / محمود محمود مصطفى - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٣ - بغداد ١٣١ .
- (٢١) الأستاذ الدكتور / محمود محمود مصطفى - المرجع السابق بند ١٣١ .
- (٢٢) المهرمون الشواهد - الدكتور محمود فهد حتى سنة ١٩٦٤ ص ٦٩ .
- (٢٣) د . فورية عبد الستار / مبادئ علم الإجرام وعلم المقاب - ط سنة ١٩٧٨ - بند ٣٤٣ .
- (٢٤) سؤال موجه من عبد البحث إلى أ د / محمود محمود مصطفى في محاضرة ١٩٨٤/٣/١١ بحقوق القاهرة .
- (٢٥) د . أحمد فتحي سرور - نظرية الخطورة الاجرامية ص ١٠ / ٥٠٠ .
- (٢٦) أ د / رؤوف عبيد - مبادئ علم الاجرام - ط سنة ١٩٧١ - ص ٣٨٤ .
- (٢٧) د / زهير بهنام - علم الاجرام ط - ٣ - ص ٢٧٩ .
- (٢٨) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور - المرجع السابق ص ١٢ / ٥٠٢ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

- (٢٩) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور - المرجع السابق ص ١٤ / ٥٠٤ .
- (٣٠) الدكتور / أحمد عبد العزيز الأغني قانون العقوبات الليبي (القسم العام) - طبعة أولى سنة ١٩٦٩ ص ٤٧٩ .
- (٣١) الأستاذ الدكتور / محمود محمود مصطفى قانون العقوبات في الدول العربية - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٣ ص ٤٧٩ .
- (٣٢) دكتور / حسين كامل - المرجع السابق ص ١٥٠ ، ١٥١ .
- (٣٣) دكتور / محمود محمود مصطفى - المرجع السابق - بند ١٣٦ .
- (٣٤) دكتور / حسين كامل - المرجع السابق ص ١٥١ ، ١٥٢ .
- (٣٥) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور - المرجع السابق ص ١٣/٥٠٣ .
- (٣٦) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور - المرجع السابق ص ١٣ .
- ٥٠٤/٥٠٣/١٤ .
- (٣٧) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور - المرجع السابق ص ١٣ .
- ٥٠٤/٥٠٣/١٤ .
- (٣٨) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور - المرجع السابق ص ١٣ .
- ٥٠٤/٥٠٣/١٤ .
- (٣٩) أ . د . فتحي سرور - المرجع السابق ص ١٤، ١٣ / ٥٠٤/٥٠٣ .
- (٤٠) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور - نظرية الخطيئة الإجرامية ص ١٥ / ٥٠٥ .
- (٤١) دكتور / محمود محمود مصطفى - أصول قانون العقوبات في الدول العربية - هامش ص ١٦٨ رقم ٧ .
- (٤٢) دكتور / محمود مجيب حسني - المجرمون الشراة سنة ١٩٦٤ بند ٤٤ .
- (٤٣) دكتور / حسين كامل / رسالة دكتوراه - « النظرية العامة للتناوب الإجرامية » سنة ١٩٧٦ ص ١٥٥ .
- (٤٤) الدكتور / رمسيس بهنام - علم الاجرام - ص ٢٧٩ .
- (٤٥) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور - نظرية الخطيئة الإجرامية - ص ٣٧ / ٥٧٧ .
- (٤٦) دكتور / محمود مجيب حسني - علم المقاب - ص ١٤٢ ، ١٤٣ طبعة سنة ١٩٦٦ .
- (٤٧) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور - المرجع السابق ص ١٧ / ٥٠٧ .
- (٤٨) أستاذنا الدكتور / أحمد فتحي سرور « نظرية الخطيئة الإجرامية »

هوامش

ص ٥١١/٢١ .

هوامش

(٤٩) أستاذنا الدكتور / مأمون محمود سلامة - النظرية العامة للعقوبة والتدبير
الأحترازي ١٩٨٠ .

هوامش

(٥٠) الأستاذ الدكتور / مأمون محمود سلامة - المرجع السابق ص ١٥٤ .

هوامش

(٥١) أنظر ص ١٤٥ المرجع السابق - الدكتور / مأمون سلامة .

هوامش

(٥٢) أستاذنا الدكتور / أحمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص ٢٣ / ٥١٣ .

هوامش

(٥٣) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص ٢٤ / ٥١٤ .

هوامش

(٥٤) الاسخا الدكتور / أحمد فتحي سرور المرجع السابق - ص ٥١٦/٢٦ .

هوامش

(٥٥) د / عبد الفتاح الصبلي - المجلة الجنائية القومية - حول المادة ٥٧ من مشروع
قانون العقوبات المصري مارس سنة ١٩٦٨ - العدد الأول - عدد خاص عن العقوبة
والتدابير الاحترازية .

هوامش

(٥٦) د / عبد الفتاح الصبلي - المرجع السابق ص ٩٩ .

هوامش

(٥٧) الدكتور / محمد ابراهيم زيد - التدابير الاحترازية القضائية - ص ٣٧ .

هوامش

(٥٨) أستاذنا الدكتور / محمود محمود مصطفى - الاتهامات الجديدة في مشروع
قانون العقوبات في الجمهورية العربية المتحدة - مجلة الشرق الأوسط - بيروت سنة
١٩٦٩ - ص ٢٤ هامش (١) .

هوامش

(٥٩) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص ٥١ / ٥٤١ .

هوامش

(٦٠) رسالة دكتوراه - إعداد الدكتور / عبد الله سلهمان - أنظر في هذا المعنى
طبعة سنة ١٩٨٧ بند ١٧٦ .

هوامش

(٦١) الأستاذ الدكتور / أحمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص ٥١ / ٥٤١ .

هوامش

(٦٢) دكتور ومسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائي - ص ١٠٣٣ .

هوامش

(٦٣) دكتور ومسيس بهنام - أنظر علم الاجرام - ح ٢ طبعة ١٩٦٠ / ١٩٦١
ص ٣٠٤ .

(٦٤) أنظر - الأستاذ الدكتور - أحمد فتحي سرور - المرجع السابق ص ٥١ / ٥٤١ .

تقرير عن النشاط

خلال الفترة من يونيه ٨٩ إلى يناير ١٩٩١

في مواجهة ارتفاع أسعار وضعف المستوى العلمي لكثير من الكتب والمراجع القانونية ، واستجابة لآمال الزملاء والزميلات في أن تدعم نقابة المحامين الكتاب القانوني بما يؤكد المساهمة الجادة في تحقيق « مكتبة لكل محام » قامت اللجنة بدعم من النقابة بدورها في أن تكون النقابة الناشر والموزع للكتاب القانوني بما يضمن تخفيض التكاليف والأعباء الملقاة على عاتق الكتاب القانوني ونجحت في تخفيض الأعباء على المحامين بما يزيد عن ٦٠٪ من سعر البيع في سوق الكتاب ، مع ضمان جودة المصنف القانوني وتلافي أوجه القصور في المكتبة القانونية العربية .

وفي هذا المجال تم الإتفاق على طبع ونشر المؤلفات التالية :

أولاً : مشروع « مكتبة المحامي » :

ظهر منها :

- (١) قضاء الأمور المستعجلة للدكتور محمد كمال منير .
- (٢) الجرائم الضريبية للدكتور أحمد فتحي سرور .
- (٣) المسجون في مصر « للأستاذين عبد الله خليل ، أمير سالم المحاميان .
- (٤) قانون الأحوال الشخصية للأستاذ أشرف مصطفى كمال رئيس المحكمة بالتعاون مع نادى القضاء .
- (٥) قانون العقوبات « القسم الخاص » د. أحمد فتحي سرور .
- (٦) موسوعة الإشتقاق - ج ١ و ٢ د. أحمد مليجي .
- (٧) قانون إيجار الأماكسن (أحكام محكمة النقض) للمستشار خيرى أبو الليل بالتعاون مع نادى القضاء .
- (٨) طلب إعادة النظر في المواد الجنائية للمستشار دكتور أذوار غالى الدهي .
- (٩) جريمة « السرقة » للأستاذ سمير الأمين المحامي .
- (١٠) التعليق على قانون الإجراءات الجنائية وقانون إجراءات الطعن بالنقض ، د. حسن علام بالتعاون مع نادى القضاء .
- (١١) عقد البيع للمستشار السيد خلف محمد .
- (١٢) دراسات في المسؤولية المدنية د. أذوار غالى الدهي .
- (١٣) موسوعة الإثبات محمد عبد اللطيف تنقيح المستشار حمدى ياسين .
- (١٤) القضاء المستعجل المستشار محمد عبد اللطيف / د. أحمد مليجي .
- (١٥) موسوعة « الطب الشرعى » د. صلاح مكارم وآخرين .
- (١٦) « التوثيق » للأستاذ عاطف عليوه .
- (١٧) قضاء التأديب في مجلس الدولة د. محمد ماهر أبو العينين .
- (١٨) التقادم المسقط والمكسب مستشار محمد عبد اللطيف تنقيح المستشار أحمد زكريا يوسف .

- (١٩) الشفعة للأستاذ إبراهيم حلمي المحامي .
 (٢٠) حق العلو وحق السفلى د. عبد الحميد حسن شرف .
 (٢١) شرح قانون المياني للأستاذ حامد الشريف المحامي .
 (٢٢) شرح قانون إيجار الأمان د. جمال زكي بالتعاون مع نادي القضاة .
 (٢٣) الطعن بالإستئناف ج٢ و ٣ د. أحمد مليجي .
 (٢٤) أحكام محكمة النقض في العمل والعاملين والتأمينات للمستشار / صلاح أحمد محمد بالتعاون مع نادي القضاة .

- كذلك يجرى الإتفاق مع الأستاذ المستشار مصطفى الققى لإعادة طبع الإعداد السابقة من الوسيط للسنهوري ، حتى يمكن توفير هذا المرجع الهام الجيل الجديد من المحامين الشبان .

- كذلك تم الإتفاق في ١٢/٤/١٩٩٠ مع مجلس الدولة على أن تتولى اللجنة مهمة طبع ونشر وتوزيع أحكام محاكم مجلس الدولة المختلفة وفتاوى جمعيتها العمومية وبيعها للمحامين بأسعار التكلفة وجرى طبع السنوات الأربعة الأخيرة من أحكام المحكمة الإدارية العليا حتى نهاية عام ١٩٩٠ وكذلك الفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع من ٨٢ حتى ١٩٨٦ .

ثانية مشروع " مكتبات المحاكم الجزئية "

بدأت اللجنة في مشروعها الثاني بإنشاء مكتبات فرعية بتوازي المحامين والمحاكم الجزئية في محاولة للقضاء على مشكلة الكتاب القانوني بمختلف السبل ، وقد بدأ إنشاء مكتبة بتوازي المحامين في المعادي وحلوان والسويس والإسماعيلية وبنى سويف ومكتبات فرعية بمحاكم أدفو ، طوخ ، بلقاس ، شبرا الخيمة ، القناطر الخيرية ، الحانكة ، كفر شكر ، شبن القناطر ، والمعياط ، الصف ، الهدرشين ، أبو سلطان ، فايد .

وسيمت خلال هذا العام إستكمال العمل بهذا المشروع لتغطية أكبر عدد ممكن من المحاكم الجزئية بالقاهرة وباقي المحافظات ، حتى يمكن للزملاء الإستفادة بتوفير المراجع في مقر أعمالهم .

هذا بالإضافة إلى دعم المكتبات القائمة بالنقابات الفرعية .

ثالثا معارض الكتب القانونية ،

تستهدف اللجنة توصيل الكتاب إلى أقرب مكان ممكن للزملاء وبالتالي إبتدعت اللجنة أسلوب المعارض القانونية ، وقد بدأ يعرض للكتاب بمحافظة الغربية ، ثم محافظة الجيزة والبحيرة والأسكندرية .

إلا إنه سيتم تغطية باقى النقابات الفرعية ومن المأمول خلال هذا الموسم القضائي تنظيم معارض للكتاب في باقى المحافظات دمياط والإسماعيلية والقاهرة وبنى سويف وأسيوط ، وهكذا حتى يتم تغطيته .

رابعا الفكر القانوني :

(١) قامت اللجنة بالإشتراك مع المركز القومى للدراسات القضائية بتنظيم لقاء عن « المنازعات المدنية البسيطة » خلال يناير ١٩٩٠ شاركت فيه ببحث مكتوب للأستاذ عبد المنعم حسنى عضو مجلس النقابة ومحااضرة قمت بإلقائها وحضر هذه اللقاءات مجموعة من المحامين بالإضافة إلى السادة أعضاء الندوة هذا وقد تم الإتفاق على تنظيم مجموعة أخرى من الأنشطة المشتركة وخاصة تدريس اللغة الفرنسية واللغة الإنجليزية للراغبين من المحامين بأسعار مناسبة وقد تم الإعلان عن ذلك وبدأ إشتراك بعض المحامين في دورس اللغة الفرنسية .

(٢) يجرى الإتفاق حالياً مع المركز على إعداد ندوة عالمية عن التحكيم تشارك فيها نقابة المحامين خلال شهر سبتمبر ١٩٩١ بالقاهرة .

(٣) مسابقات قانونية .

تشجيعاً للزملاء على إستيفاء مجال البحث القانونى أعلنت اللجنة عن مسابقة قانونية للمحامين لعام ١٩٩٠ فى ثمانى موضوعات حيوية وكان آخر مهدها للإشتراك ١٩٩١/٢/١٥ وسيتم تنظيم هذه المسابقة سنوياً مع رصد مبالغ نقدية وهدايا عينية قيمة للفائزين .

شامها : موسوعة المبادئ القانونية :

أصدرت اللجنة موسوعة " المبادئ القانونية " ككتاب غير دورى يعنى بتوثيق المبادئ القانونية للمحاكم المختلفة لتسهيل مهمة الحصول عليها للزملاء ، وقد صدر العدد الأول منها فى يناير ١٩٩١ وقد تضمن المبادئ القانونية التى أصدرتها الجمعية العمومية لتسمى الفتوى والتشريع ويصدر العدد الثانى فى مارس ١٩٩١ وهكذا .

ملاح عمل اللجنة فى المرحلة القادمة

أولاً : فى مجال المكتبة العامة :

- إدخال الحاسب ألكى فى مجال المكتبة والإستفادة من قدراته الهائلة فى التنظيم للحفظ على مقتنيات المكتبة من كتب ومراجع قانونية .

- دراسة أسلوب الإستعارة الخارجية ، مع ضمان الحفاظ على أهميات الكتب والمراجع القانونية .

- طبع بيان بالكتب الموجودة فى المكتبة فى ملحق من ملاحق العام أو فى كتيب خاص تصدره اللجنة ، يتضمن أسم المؤلفين وسنة الطبع والناشر لتسهيل مهمة الزملاء فى التعامل مع المكتبة .

- تشكيل مجلس إدارة من المحامين المهتمين للإشراف على إدارة المكتبة وتطويرها والحفاظ عليها كإحدى مؤسسات الخدمة العلمية للنقابة قهيداً لتطويرها كمكتبة قانونية قومية .

- إنشاء أقسام جديدة بالمكتبة وخاصة فى مجالات حقوق الإنسان والدراسات القانونية فى مجال الشريعة الإسلامية والتحكيم التجارى .

- وافق المجلس على تخصيص الدور الثانى ببنى النقابة للمكتبة لمواجهة التوسعات فى النشاط وإتاحة الفرصة لأكثر عدد ممكن من الزملاء للإطلاع مع دراسة إمكانية تشغيلها فترة ضمنية .

ثانياً : مشروع مكتبة المحامى :

- الإستمرار فى طبع الكتب والمؤلفات القانونية الهامة لضمان إستمرار هذا المشروع الجيد مع طرح هذه المؤلفات للبيع بالسرق الخارجية لصالح النقابة لتنمية موارد النقابة من هذه الناحية و/ أو تخفيض التكلفة بالأرباح التى ستعود على المشروع .

- تشكيل مجلس إدارة من الأساتذة المحامين للإشراف على المشروع .

ثالثاً : مقرر التوزيع :

وافق مجلس النقابة على طلب اللجنة إنشاء مقرر لتوزيع الكتب الخاصة بالنقابة من خلال غرف المحامين بحاكم الإستئناف و / أو نوادى المحامين على مستوى الجمهورية وذلك لضمان توصيل الخدمة إلى المحامى فى

أقرب مكان إلى عمله اليومي وقد تم إنشاء مقر للتوزيع محكمة شبرا المحمية الجزئية ، كفر الشيخ ، شمال القاهرة الإبتدائية ، نادي المحامين بالمعادي وبلغا وقد تم مخاطبة جميع النقابات الفرعية لتنظيم أداء الخدمة للمحامين في محافظتهم .

وإلياً : الفكر القانوني :

- تنظيم مجموعة من المحاضرات القانونية بواقع محاضرة كل أسبوعين في مجال من المجالات القانونية وخاصة الحديثة منها ، مع الإستعانة بكبار الفقهاء والمحامين .

- تنظيم مجموعة من اللقاءات العلمية القانونية المتخصصة والتي يتم الإشتراك فيها مقابل لقاء مقابل للمحامين بالشركات المتخصصة أو البنوك أو شركات التأمين في الموضوعات القانونية الهامة مع تزويدهم بالمحاضرات أو الكتب التي تخدم الدراسة .

خامساً : الموارد المالية الذاتية :

قامت اللجنة بعد موافقة مجلس النقابة على طرح " بادج " وميدالية ودبوس للمحامين عليه الشعار الجديد للنقابة مع إضافة هامش ربح على هذه المنتجات يوجه لصالح دعم الكتاب القانوني .

سابعاً : مركز الخدمات المكتبية :

وافق مجلس النقابة على المذكرة المقدمة من اللجنة لإنشاء مركز للخدمات المكتبية سيتم تخصيص المكان الملائم له بالنقابة العامة سيتم من خلاله توفير كافة إحتياجات المحامي اليومية من نسخ وتصوير وإتصالات محلية بالوسائل الحديثة فاكس / تلمس بالإضافة إلى توفير الخدمات المكتبية من طبع أوراق الدعاوى وملفات المكتب وحفاظ المستندات وتجهيز الكتب وغيرها بأسعار مناسبة - تقل كثيراً عن أسعار السوق - مع هامش ربح لصالح دعم الكتاب القانوني .

سابعاً : مركز المعلومات القانونية :

وافق الأستاذ النقيب على شراء وحدة " كاتون فايل " وهو جهاز حديث يمكن تشغيله كمركز للمعلومات القانونية الأمر الذي يوفر للمحامين سرعة الحصول على أحكام التقض ومجلس الدولة والتشريعات المختلفة بأسعار رمزية ، كما يمكن الإستفادة منه في حفظ ملفات الدعاوى بالمكتبات بأرخص التكاليف وسيتم الإعلان عن المشروع فور الإنتهاء من إعداد البرامج الخاصة به ، ويجرى دراسة الإستفادة من الحاسب الآلي في حفظ الأحكام والتشريعات وإتاحة الفرصة أمام المحامين للإستفادة منها .

واللجنة يسعدنا مشاركتكم في أعمالها ، وتلقى مقترحاتكم التي ستوليها العناية اللازمة .

والله ولي التوفيق .

صاير عمار المحامي

عضو مجلس النقابة

مقرر اللجنة

في حساب الله

بكل الحزن والاسى . وبكل الإيمان بقضاء الله وقدره ينعى مجلس نقابة زملاء
اعزاء انتقلوا إلى رحمة الله تعالى .. افتقدتهم المحاماة وكانوا لها سنداً . ويتضرع
المجلس إلى العلى القدير أن يتقدمهم برحمته وأن يستكنهم فسيح جناته .. وأن يلهم
اسرهم وزويهم وزملاءهم الصبر والسلوان ...

عضو مجلس نقابة المحامين

الاستاذ / عبد الله علي حسن المحامي
الاستاذ / محمود فريد جمال الدين المحامي
الاستاذ / محمد عبد المجيد محمد المحامي
الاستاذ / حسن عبد الحليم المحامي
الاستاذ / حلمي حبشى عبد السيد المحامي
الاستاذ / عدلى عبد الشهيد المحامي
الاستاذ / سـليمان القرش المحامي
الاستاذ / أحمد عبد اللطيف المحامي
الاستاذ / كامل فهمى المحامي
الاستاذ / فؤاد أحمد الفريسي المحامي
الاستاذ / كامل دانيال المحامي
الاستاذ / محمد على كاسب المحامي
الاستاذ / بشري سوزيال أرساني المحامي
الاستاذ / مختار هبزي المحامي
الاستاذ / وليم لوقا هبزي المحامي
الاستاذ / سعيد عبد العزيز المحامي
الاستاذ / محمد فؤاد عبد الكريم المحامي
الاستاذ / شوقي رياض المحامي
الاستاذ / مصطفى محمد شاهين المحامي
الاستاذ / إلياس جرجس المحامي
الاستاذ / يوسف شحاته الشرقاوي المحامي
الاستاذ / فؤاد النعماني المحامي
الاستاذ / رمسيس زكي برسوم المحامي
الاستاذ / رفعت محمد سويلم المحامي
الاستاذ / عبد العزيز عبد اللطيف المحامي
الاستاذ / عبد العزيز حسين المحامي
الاستاذ / حسن أحمد حسن المحامي
الاستاذ / اندا قلدس بشمساي المحامي

فهرس العدد

الصفحة

الموضوع

تقديم

١ للسيد الأستاذة عصمت الهوارى المحامى - سكرتير التحرير - وكيل نقابة المحامين :
(ولا من قضاء المحاكم)

٤ مبادئ النقض فى المراء المدنية
ثانيا : الأبحاث :

٧٢ للسيد الأستاذ / أحمد جمعه شحاته - المحامى بالنقض
دراسة فى صدد إسناد الفصل فى صحة عضوية أعضاء مجلس الشعب إلى المحكمة
الستورية العليا :

٣٦ للسيد الأستاذ / محمود رضا أبو قمر - المحامى
العوائق الشكلية لعق التقاضى فى خصوصية النقض الجنائى :
٤٨ للسيد الأستاذ المستشار / البشرى الشويخى - المستشار بمحكمة النقض
جرائم الإمتناع عن الحكم فى دعاوى :

٦٢ للسيد الأستاذ / عبد الفتاح مراد - رئيس محكمة الإسكندرية
علاقة الموظف بالإدارة بين اللامية والتعاقبية (دراسة فى الفقه والقضاء الفرنسى والمصرى) :
٧٦ للسيد الأستاذ / د. حسنى درويش عبد الحميد - المستشار المساعد بمجلس الدولة
إتفاق بين الفقه والقانون :

١٢٨ للسيد الأستاذ / خالد شهاب المحامى
عيوب العجز الإدارى :

١٤٩ للسيد الأستاذ / صابر الرماح - المحامى
الخطورة الإجرامية كشرط لإزالة التدبير الإحترازى :

١٦٣ للسيد الأستاذ / يحيى صديق - المحامى
١٩١ تقرير نشاط لجنة المكتبة والفكر القانونى
١٩٥ فى رحاب الله

مقالات

فى كلمات

أحسن الكلام ما صدق فيه قائله ، وأنتفع به سامعه .

إبراهيم بن

اللهم أسألك الغنى فى الدنيا ، وأعوذ بك من الرغبة فيها ، وأسألك الزهد فى الدنيا ، وأعوذ بك من الفقر فيها .

الفصل بن عباس

الأمانة هى الفصل الأول فى كتاب الحكمة .

يونس بن جابر

أفضل الحياة فى ظل صحافة بلا حكومة عن الحياة فى ظل حكومة بلا صحافة .

إبراهيم بن

ليس الشرف أن تحصل على تكريم ، وإنما أن تكون مستحقاً لهذا التكريم .

إبراهيم بن

الذين يصنعون التاريخ ليس لديهم وقت لكتابته .

صوفى بن

الصديق المزيف كالظل ، يمشى ورائى عندما أكون فى الشمس ، ويختفى عندما أكون فى الظلام .

عبدان بن

قد تخفى الثياب الجميلة حقيقة الإنسان .. ولكن الكلمات الحقا سوف تكشفه بسهولة .

جان جاك روسو

قالوا عن المحاماة

إن إستقلال المحاماة عزيز على العدالة كما هو عزيز عند المحامين . ولولا حرية المحامين في أن يناقشوا وينتقدوا أحكام القضاء نفسه لتكررت الأخطاء وتراكمت . واستحال إصلاحها وتجنبها . ولا أصبحت المحاكم مصدرا للمظالم بدلا مما هي الآن عنوان الحقيقة والعدل .

« المحامي الفرنسي بيرونيه »

دار وهادق للطباعة

ت: ٩٠٥٠٣٦ - ٩٢٣٣٤٤

بسم الله الرحمن الرحيم

يا أيها الناس أنتم الفقراء إلى الله والله هو الغنى الحميد * إن يشأ يذهبكم
ويأت بخلق جديد * وما ذلك على الله بعزيز ...
صدق الله العظيم

بدائل الدعوى الجنائية

المحامي . للسيد الأستاذ / حمدي رجب عطية

نحو تطبيق الشريعة الإسلامية

السيد الدكتور / محمد كامل عبيد
كلية الحقوق - فرع بنى سويف

ميراث الأخوة للام تأصيلاً وتفصيلاً مع ذكر الأدلة والمتمثيل لكل حالة

السيد الأستاذ / عبد المعز أحمد حسن عامر المحامي

جرائم المافيا ضد القضاة والإنسانية

السيد الأستاذ / عبد الفتاح مراد
رئيس محكمة الإسكندرية

رؤية في القانون الجديد المعدل للمادة الأولى من قانون التامينات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧

السيد المستشار / السيد عفيفي
نائب رئيس مجلس الدولة سابقاً

مجال رقابة محكمة النقض على تقدير توافر الارتباط بين الجرائم في ظل نظرية العقوبة المبررة

السيد الدكتور / مجدي محمود محب حافظ

مسكن الزوجية في القانون الجديد أجمع الفقهاء على أنه غير دستوري وغير إسلامي

السيد الأستاذ / أمين صفوت المحامي بالنقض

مدى مسئولية البنك في الفحص في عقد الإعتياد المستندي

السيد الدكتور / جلال أحمد خليل المحامي بالنقض

المعاملة التشريعية لحالة الحق ودورها في الائتمان المصرفي

السيد الأستاذ / شكرى محمد سيد
المحامي ببنك مصر

جريمة خيانة الأمانة

السيدة الأستاذة / إجلال النمر المحامية

كلمات من نور

قال صلى الله عليه وسلم:

من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليصمت .

وقال صلى الله عليه وسلم:

المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده .

وقال صلى الله عليه وسلم:

إن العبد ليتكلم بالكلمة ما يتبين فيها يزل بها إلى النار أبعد مما بين المشرق والمغرب .

وقال صلى الله عليه وسلم:

إن العبد ليتكلم بالكلمة من رضوان الله تعالى ما يلقى لها بالاً يرفعه الله بها درجات ، وإن العبد ليتكلم بالكلمة من سخط الله تعالى لا يلقى لها بالاً يهوى بها إلى جهنم .

وقال صلى الله عليه وسلم:

لا تكثروا الكلام بغير ذكر الله ، فإن الكلام بغير ذكر الله تعالى قسوة للقلب ، وإن أبعد الناس من الله القلب القاسى .

وقال صلى الله عليه وسلم:

أمسك عليك لسانك ، وليسمعك بيتك ، وأذك على خطيئتك .

وقال صلى الله عليه وسلم:

إذا أصبح ابن آدم فإن الأعضاء كلها تكفر اللسان تقول : أتق الله فينا ، فإنما نحن بك ، فإن استقمت استقمنا ، وأن أعوججت أعوججتنا .

صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم

دستور جديد

ضرورة حتمية

لإنقاذ مصر

لو يدرك كل حاكم أن الدستور هو تجسيد لإرادة شعب ينبغي أن تسود ... وأنه ليس منحة من الحاكم إلى المحكومين .. ولكنه القول الفصل فيما يشجر بينهما من خلاف ... وأنه الدرع الواقى لحريات الشعب وحقوق الإنسان ... وأنه الضمانة العظمى التى يعتصم بها الشعب فى مواجهة كل طاش وجلاذ .. وأنه لن يكون كذلك إلا إذا كان تابعاً من ضمير الشعب ووجدانه .. أقول لو أدرك كل حاكم هذه المعانى والغايات الدستورية ، فإنه لن يضل الطريق أبداً .. ١١

لو يدرك كل محكوم أن الدستور هو الحصن الذى يأوى إليه إذا عيث الحاكم بإرادة الشعب .. وأنه ليس للمحكوم من عاصم يعصمه من الغرق فى بحار القهر والمذلة سوى الدستور .. وأنه لا خير فى أمة لا يسان دستورها الذى يصدر عن إرادة الشعب ومشيتته .. أقول لو أدرك كل محكوم تلك الحقيقة الدستورية لاستمسك بالدستور إستمساكه بالحياة ... فلا يفرط فى حق كفله به الدستور ... ولن يتنازل عن حريته التى يصونها الدستور ... ١١

أن قضية القضايا فى كل وطن هى الدستور ... فإن الذى يردده التاريخ دائماً أن قهر الشعوب وإذلالها ... وأن إستيادها وإستغلالها ، وأن تفریط الحاكم فى حقوق المحكومين ، بل إن كل الهزائم والنكسات .. وكل ضياع وما يتجرعه الوطن من أوجاع .. كل ذلك كان عنه الدستور العاجز مسئولاً .. ١١

إن الدستور القائم هو من إعداد الحاكم الراحل وحده .. قهر الذى وضع نصوصه لتتفق وهواه ، ولتكون السلطات جميعها فى قبضة يده .. لتصير كلمته هى العليا وكلمة الشعب هى السفلى .. فقد أخرج الحاكم الراحل الدستور القائم بحسبان أنه سوف يحكم مصر خالداً فى حكمها أبداً .. ولم يدرك أنه إذا جاء أجله فلن يستقدم ساعة ولن يستأخر .. فكل حاكم إلى زوال ويظل الشعب المحكوم هو الباقى ما بقيت الدنيا ... ١١

إن الإنصاف لمصر يقتضى أن نقول أنه ليس لدينا من الدستور سوى إسمه ، وأن الأوان إلى أن يلتقى الشعب كله على كلمة سواء تصوغ دستور جديداً يتخذ من شريعة الخالق منارة تنير الطريق لكل ضال ... ١

سكرتير التحرير

عصمت الهوارى

المحاضى

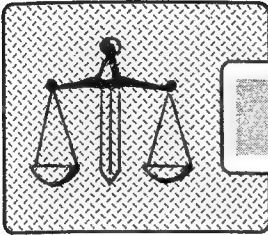
إذا كانت بعض آمالنا لم تتحقق ، فسوف
تتجدد مطالبنا بها مع تجديد الحياة ، وإرادة
المحامين وإجتماعهم حول قضاياهم العادلة
المشروعة هو السبيل الوحيد إلى تحقيقها

الاستاذ الجليل النقيب

أحمد الخواجه



من قضاء المجاهدين



قضاء النقص المدني

(١)

جلسة ١٩٨٩/٢/٨

٣٩. ٤٠. ٤٢. ٤٣. ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . الغاية منه . عدم إتصائه بالصفة أو المصلحة في الدعوى وبالحق في رفعها . مؤداه خروجه عن نطاق الدفع بعد القبول واعتباره دفعا شكليا . علة ذلك .

(٣) طلب الإخلاء والتسليم لإنهاء مدة عقد الإيجار المفروش تضمنه طلب إلزام المستأجر بتنفيذ التزامه التعاقدى عينا برد العين المؤجرة م . ٥٩٠ مدنى . مؤداه خضوع الدعوى المرفوعة به بعد العمل بالقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ للقييد الوارد بالمادة ٤٢ منه ، ولو أبرم العقد أو إنتهت مدته في تاريخ سابق على سريان القانون المذكور علة ذلك .

(٤) قضاء محكمة أول درجة بعدم سماع الدعوى لعدم قيد عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية المختصة . المادتان ٤٢. ٤٣. ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . لا تستنفذ به ولايتها في الفصل في موضوعها ولو تطرقت للتحقق من طبيعة العين المؤجرة توصلأ للفصل في الدفع بعدم سماع الدعوى . مؤدى ذلك إلغاء محكمة الإستئناف هذا الحكم . إلزامها بإعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في موضوعها . تصديها لنظره . تفريت لاحدى درجتى التقاضى .

(١) دفع " الدفع الشكلى : الدفع بعدم القبول " . دعوى " شروط قبولها " .

الدفع بعدم القبول . المقصود منه . الإجراء الذى يوجب القانون إتخاذهُ حتى تستقيم الدعوى . الدفع بتخلفه . إعتباره دفعا شكليا . خروجه عن نطاق الدفع بعدم القبول متى إنتفت صلتة بالصفة أو المصلحة في الدعوى أو بالحق في رفعها . الفقرة في تكييف الدفع بحقيقة جوهره ومرماه لا بالتسمية التى تطلق عليه .

(٢) إيجار " إيجار الأماكن : التأجير المفروش قيد عقد الإيجار : إلزامات المستأجر " دعوى " شروط قبولها " " دفع " البدنيوع الشكلى : الدفع بعدم القبول إستئناف " نطاقه " قانون " سريانه " .

(٢) وجوب قيد عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية المختصة كإجراء لازم لسماع الدعوى الناشئة أو المترتبة عليه . المراد

١- لئن كان المشرع لم يضع تعريفاً للدفع بعدم القبول تقديراً منه - لصعوبة فرض تحديد جامع مانع له - على ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات السابق في صدد المادة ١٤٢ منه المقابلة للمادة ١١٥ من القانون القائم - إلا أنه وعلى ضوء ما جاء بتلك المذكرة من أن الدفع الذي يرمى إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى بإعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره ، كإعدام الحق في الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح له ، أو إلتقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها ، فإنه حيث يتعلق الأمر بإجراء أوجب القانون إتخاذاً وحتى تستقيم الدعوى ، فإن الدفع المبنى على تخلف هذا الإجراء يعد دعواً شكلياً ويخرج عن نطاق الدفع بعدم القبول متى إنتهت صلته بالصفة أو المصلحة في الدعوى أو بالحق في رفعها ، وذلك دون إعتداد بالتسمية التي تطلق عليه لأن العبرة في تكييف الدفع هي بحقيقته جوهده ومرماد

٢- النص في المادة ٤٧ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تدمير ربيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر وفي المادة ٥٣ من ذات القانون - يدل على أن المشرع فرض على المؤجر إتخاذ إجراء معين يتمثل في وجوب قيد عقد الإيجار المفروش الذي يجرم طبقاً لأحكام المادتين ٣٩ ، ٤٠ من القانون المذكور بالوحدة المحلية المختصة ، وفرض على تخلف هذا الإجراء جزاء معيناً هو عدم سماع الدعوى الناشئة أو المترتبة على ذلك العقد ، إستهدف به إحكام

الرقابة على الشق المفروضة ضماناً لتحصيل الضرائب المستحقة على مثل هذا النشاط ، ولما كان هذا الإجراء الذي أوجبه القانون وحتى تسمع دعوى المؤجر لا صلة له بالصفة أو المصلحة في الدعوى ولا يتعلق بالحق في رفعها بإعتبار أنه لا يرمى إلى الطعن بإعدام هذا الحق أو سقوطه أو بإنتقضائه وإنما هو قيد مؤقت إن إتخذ ولو في تاريخ لاحق على رفع الدعوى إستقامت ، وبالتالي فإنه يخرج عن نطاق الدفع بعدم قبول ، ويعد دعواً شكلياً .

٣ - إذا كانت الدعوى بطلب الإخلاء والتسليم المبني على إنتهاء مدة عقد الإيجار المفروش تضمن في حقيقتها وبحسب التكييف القانوني التسليم طلباً بإلزام المستأجر بتنفيذ الإلتزام التعاقدى عينا يرد العين المؤجرة والذي نصت عليه المادة ٥٩٠ من القانون المدني بقوله " يجب على المستأجر إن يرد العين المؤجرة عند إنتهاء العقد " وهي على هذا النحو تستند إلى عقد الإيجار ، وكان المقرر إن الدعوى تخضع من حيث شروط قبولها وإجراءاتها للقانون الساري وقت رفعها ، وكانت الهيئة قد إنتهت سلفاً إلى أن ما نصت عليه المادتين ٤٢ ، ٤٣ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ من إلتزام المؤجر بقيد عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية المختصة وحتى تسمع دعوى المستندة إلى هذا العقد - لا يعدو أن يكون إجراء لا تستقيم الدعوى إلا بإتخاذها ، وكانت الدعوى المائلة بطلب الإخلاء والتسليم لإنهاء مدة عقد الإيجار المفروش - قد أقيمت في تاريخ لاحق على العمل بالقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ومن ثم تخضع للتقيد الذي أوجبه المادة ٤٢ منه وإلا كانت

عدم التوقيع على صحيفة الإشتناك من
مهام مقبول أمام محاكم الإشتناك ، أثره . بطلان
الصحيفة . تعلقة بالنظام العام . جواز إستيفاء
التوقيع في الجلسة . شرطه . أن يكون خلال
ميعاد الإشتناك . علة ذلك .

النص في الفقرة الثانية من المادة ٨٧ من
قانون المحاماة رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٨ - المنطبق
على واقعة الدعوى - على أنه لا يجوز تقديم
صحف الإشتناك أو تقديم صحف الدعاوى أمام
محكمة القضاء الإداري إلا إذا كانت موقعة من
أحد المحامين المقيمين أمامها " يدل على أن
المشرع قصد من توقيع المحامي على صحف
الدعاوى " رعاية الصالح العام وتحقيق الصالح
الحاص في ذات الوقت ، لأن إشراف المحامي على
تحرير صحف الإشتناك والدعاوى والعقود ذات
القيمة من شأنه مراعاة أحكام القانون في تحرير
هذه الأوراق وبذلك تنقطع المنازعات التي كثيراً ما
تنشأ بسبب قيام من لا خبرة لهم بممارسة هذه
الشئون ذات الطبيعة القانونية مما يعود بالضرر
على ذوي الشأن ومن ثم فإن هذا البطلان يكون
متعلقاً بالنظام العام وإن كان يجوز إستيفاء
التوقيع في الجلسة خلال ميعاد الإشتناك .

(الطعن رقم ٩٥ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٨)

(٣)

جلسة ١٩٨٩/٢/٨

إشتناك " إعتقاد الخصومة " . دعوى
" إعتقاد الخصومة " . إعلان . بطلان " بطلان
الأحكام " .

غير مسموعة إلزاماً بحكم المادة ٤٣ من ذات
القانون ، وذلك دون إعتداد بإبرام العقد أو إنتهاء
مدته في تاريخ سابق على سريان القانون المذكور
طالما إن الأمر يتعلق بإجراء لازم لإستقامة الدعوى
المستندة إلى ذلك العقد فيتعين النظر إلى وقت رفعها .

٤ - إذا كان المقرر أن الحكم بقبول الدفع
الشكلى لا يعد فصلاً في موضوع الدعوى ،
وبالتالي فإن محكمة الدرجة الأولى إذا قضت
بعدم سماع الدعوى لعدم قيد عقد الإيجار المقروش
بالوحدة المحلية لا تكون قد إستنفذت ولايتها
بالفصل في موضوعها ولو تطرقت للتحقق من
طبيعة العين المؤجرة طالما إن ذلك من جانبها لم
يكن إلا لتبيان مدى خضوع العقد للقيد الذي
فرضته المادة ٤٢ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧
ووصولاً منها للفصل في الدفع بعدم السماع الذي
أوجبه المادة ٤٣ من ذات القانون - فإنه كان
يتعين على محكمة الإشتناك وقد ألغت الحكم
المستأنف القاضي بعدم سماع الدعوى لعدم قيد
عقد الإيجار المقروش بالوحدة المحلية المختصة -
أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى
للفصل في موضوعها ، أما وقد تصدت لنظره
فإنها تكون قد أهدرت إحدى درجتي التقاضي
فخالفت بذلك القانون وأخطأت في تطبيقه .

(الطعن رقم ١٨٠ لسنة ٥٠ قضائية . هيئة عامة جلسة
١٩٨٩/٢/٨)

(٢)

جلسة ١٩٨٩/٢/٨

إشتناك " صحيفة الإشتناك " بطلان
الإجراءات " محاماة . نظام عام " المسائل المتعلقة
بالنظام العام " .

الوكالة ومن حدودها . الوكيل الظاهر . إعتبراره نائباً عن الوكيل . شرطه . الوكالة في تحصيل أجرة أطيان مملوكة للطاعنة . عدم إنطوائها على ما يورهم الغير بأنها تبيع تأجير المنازل المملوكة لها . إستخلاص الإجازة الضمنية لما صدر من الوكيل مجاوزاً حدود وكالة . من سلطة محكمة الموضوع متى كان سائفاً وله أصل بالأوراق .

لما كان شرط إعتبرار أن الوكيل الظاهر نائباً عن الموكل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يقوم مظهر خارجي خاطئ، ومنسوب للموكل - من شأنه أن يخدع الغير الذي يتعامل مع الوكيل الظاهر دون أن يرتكب هذا الغير خطأ أو تقصيراً في إستطلاع الحقيقة، وكانت الإجازة الضمنية لما صدر من الوكيل مجاوزاً حدود وكالة وإن كانت من سلطة محكمة الموضوع إلا أن ذلك مشروط بأن يكون إستخلاصها لهذه الإجازة سائفاً وله أصله الثابت بالأوراق؛ وكان البين من الأوراق أن محكمة الموضوع أقامت قضاءها برفض دعوى الطاعنة على دعامين حاصل الدعامة الأولى الإعتداد بالوكالة الظاهرة لمن أجر المنزل موضوع النزاع للمطعون عليه تأسيساً على أنه وكيل عن الطاعنة في تحصيل أجرة الأطيان المملوكة لها، وحاصل الدعامة الثانية أن الاستفادة من أقوال الوكيل المشار إليه بمحاضر أعمال التخييران الطاعنة أجازت تأجير المنزل سالف البیان للمطعون عليه ووقبت على ذلك إنصراف أثر عقد الإيجار إلى الطاعنة . وكان هذا الذي إستدل به الحكم على قيام الوكالة الظاهرة ليس فيه ما يورهم الغير بأن لهذا الوكيل حق تأجير المنازل المملوكة للطاعنة ولا ينهض لتشكيل مظهر خارجي خاطئ، من

إنعقاد الخصومة في الإستئناف . شرطه . إعلان صحيفة الإستئناف إلى المستأنف عليه . تخلف ذلك . أثره . زوال الخصومة وبطلان الأحكام الصادرة فيها .

مفاد المادتين ١/٦٣ ، ٢٤٠ من قانون المرافعات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه وإن كان يلزم لإجراء المطالبة القضائية إيداع صحيفة الإستئناف قلم كتاب المحكمة وهو ما يترتب عليه - كأثر إجرائي - بذه الخصومة ، إلا إن إعلان صحيفة الإستئناف إلى المستأنف عليه يبقى إجراء لازماً لإنعقاد الخصومة بين طرفيها ويكون وجودها الذي بدأ بإيداع صحيفة الإستئناف قلم الكتاب معلقاً على شرط إعلانها إلى المستأنف عليه إعلاناً صحيحاً فإن تخلف هذا الشرط حتى صدور الحكم الإستئنافي زالت الخصومة كأثر للمطالبة القضائية ومن ثم تبطل الخصومة التي لم تعلن صحيفتها هي وجميع الأحكام التي تصدر فيها فيقع باطلاً الحكم الصادر على من لم يعلن إطلاقاً بصحيفة الإستئناف .

(الظمن رقم ١٩٣٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٨)

(٤)

جلسة ١٩٨٩/٢/٨

وكالة " صفة الوكالة : الوكيل الظاهر " . عقد " أثر العقد " . إيجار " إيجار أماكن " . محكمة الموضوع " سلطة محكمة الموضوع في الوكالة " .

المتعاقد مع الوكيل . عليه التثبت من قيام

(٢) محكمة الموضوع " سلطتها في تقدير الدليل " .

تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير ما يقدم فيها من أدلة من سلطة محكمة الموضوع . متى أقامت قضاها على أسباب سائفة تكفى لحمله .

(١) لما كانت دعوى الحيازة التي لا يجوز الجمع بينها وبين المطالبة بالحق وإلا سقط الإداء بالحيازة طبقاً لنص المادة ٤٤ من قانون المرافعات - هي تلك التي ترافع من الحائز على المعتدى نفسه ، وكان المطعون ضده الأول قد قصر طلباته أمام محكمة أول درجة على طلب إسترداد الحيازة ، ثم طلب في الإستئناف - احتياطياً وبالتسبة للمؤجر فقط - الحكم بصحة ونفاذ عقد الإيجار فإنه لا يكون قد جمع بالتسبة لمورث الطاعنين بين دعوى الحيازة وبين الدعوى بالحق .

(٢) لما كان تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير قيمة ما يقدم إلى محكمة الموضوع من أدلة هو ما يدخل في سلطتها متى أقامت قضاها على أسباب سائفة تكفى لحمله وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاها على ما إنتهى إليه في مدوناته من أن " المحكمة ترى في أقوال شهود المستأنف " المطعون ضده الأول " ما يؤكد حيازته المادية للشقة موضوع الدعوى وإقامته أبوابها قبل إستيلاء مورث المستأنف عليهم " الطاعنين " عليها وقت هجوم الأهلالي على الشقق بتاريخ . على ما هو ثابت من أوراق الدعوى وكان هذا الذي إنتهى إليه الحكم سائفاً

جانب الطاعنة من شأنه أن يخدع المطعون عليه الذي تعاقد مع هذا الوكيل فيما لا يملك مع أن وكالته لا تتسع لغير تحصيل أجره الأطينان الزراعية ولأن الأصل في قواعد الوكالة أن الغير الذي يتعاقد مع الوكيل عليه أن يثبت من قيام الوكالة ومن حدودها وله في سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته فإن قصر فعله بتصميمه . وكان الثابت من أقوال ذلك الوكيل بمحاضر أعمال المحير أن ما قرره من إجازة الطاعنة للتأجير ورفضها إستلام الأجرة خلال السنة الأولى من هذا التأجير ، لا يدل بذاته على أنها قد إتخذت موقفاً بالإجازة لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالتها على حقيقة المقصود . فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوباً بالقصد في الإستدلال . فضلاً عن الخطأ في تطبيق القانون .

(الملحق رقم ٢٦٠ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٤)

(٥)

جلسة ١٩٨٩/٢/١٤

(١) حيازة " دعوى الحيازة " . دعوى

" أنواع من الدعاوى : دعوى الحيازة " .

حظر الجمع بين دعوى الحيازة وبين المطالبة بالحق . ٤٤ مرافعات . شرطه . رفع دعوى الحيازة من الحائز على المعتدى نفسه . قصر الطاعن طلباته أمام محكمة الدرجة الأولى على إسترداد حيازة العين من مورث الطاعنين وطلبه في الإستئناف " احتياطياً " الحكم على شخص آخر بصحة ونفاذ عقد الإيجار - عدم إعتباره جمعاً بين دعوى الحيازة ودعوى الحق .

والإحالة : أثر نقض الحكم . - تجزئة . إستئناف . سقوط الخصومة في الإستئناف .

(١) نقض الحكم . أثره . متابعة السير في الخصومة . سبيلة تعجيل الدعوى أمام محكمة الإحالة بتكليف بالحضور يعلن إلى الطرف الآخر خلال سنة من تاريخ حكم النقض . إغفال ذلك . أثره . سقوط الخصومة . لكل ذي مصلحة التمسك به بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى أو بطريق الدفع .

(٢) سقوط الخصومة ، قابليته للتجزئة عند تعدد المدعى عليهم ما لم يكن موضوعها غير قابل للتجزئة فإن سقوطها بالنسبة لبعض المدعى عليهم يستتبع سقوطها بالنسبة للباقي م ١٠٦ مرافعات .

(٣) سقوط الخصومة في الإستئناف . أثره ضرورة الحكم المستأنف نهائياً طالما لم تتناوله محكمة الإستئناف بالتعديل أو الإلغاء قبل سقوطها م ١/١٣٨ مرافعات .

١- المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن نقض الحكم لا ينشئ خصومه جديدة بل هو يزيل الحكم المنقوض فإن صدر لمصلحة المستأنف ذلك الحكم وجب عليه إذا ما أراد متابعة السير في الخصومة أمام محكمة الإحالة أن يعالجها خلال سنة من تاريخ صدور حكم النقض فتستأنف الدعوى سيرها بتكليف بالحضور يعلن بناء على طلبه إلى الطرف الآخر ، فإن أهمل القيام بهذا الإجراء كان لكل صاحب مصلحة التمسك بسقوط الخصومة إما بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى أو بطريق الدفع أمام تلك

والأصل ثابت من الأوراق فإن النقص بهذه الأسباب لا يعدو أن يكون في حقيقته جدلاً موضوعياً مما تنحصر عنه رقابة محكمة النقض .

(الظن رقم ١٥١٦ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٩/٢/١٤)

(٦)

جلسة ١٩٨٩/٢/١٥

ملكية - أسباب كسب الملكية : التقادم المكسب . - تقادم : التقادم المكسب . - حيازة .

قاعدة ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف . عدم سريانها إلا إذا أراد التمسك بالتقادم أن يحتج به قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق من باع له .

قاعدة ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا تسري إلا إذا أراد التمسك بالتقادم أن يحتج به قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق من باع له بحيث إذا كان السلف مشتركاً فلا يجوز للحائز التمسك بالتقادم أن يستفيد من حيازة سلفه لإتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لاكتساب الملك بالتقادم قبل من تلقى حقه عن هذا السلف .

(الظن رقم ١٦٦٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٩/٢/١٥)

(٧)

جلسة ١٩٨٩/٢/٢٢

(٣-١) دعوى " مسائل تعترض سير الخصومة : سقوط الخصومة " : نقض " النقض

. إسترداد الحصة الشائعة التي باعها شريك
لآخر أجنبي حق للشريك على الشبوع . إقتضاره
على المنقول الشائع بذاته أو مجموع من المال
ولو اشتمل على عقار . العقار الشائع المعين
بالمات . محل لحق الشفعة وليس لحق الإسترداد
ولو كان سبب الشبوع هو الميراث . م ١/٨٢٣
مدني .

١- المقرر في قضاء هذه المحكمة إن لمحكمة
الموضوع السلطة المطلقة في تفسير المستندات
وصيغ العقود والشروط المختلف عليها بما تراه هي
أولى بمقصود العاقدين وإستخلاص ما يمكن
إستخلاصه منها ولا رقابة لمحكمة النقض عليها
في ذلك متى كانت عبارات العقد تحتل المعنى
الذي حصلته منها :

٢- النص في المادة ١/٨٢٣ من القانون
المدني على أن « للشريك في المنقول الشائع أو
في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة
الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق
الممارسة » يدل على أن نطاق حق الشريك في
الشبوع في إسترداد الحصة الشائعة التي باعها
شريك آخر لأجنبي لا يرد إلا في نقول شائع قائم
بذاته أو في مجموع من المال ولو اشتمل هذا
المجموع على عقار ، إما العقار الشائع المعين
بالمات فلا يكون محلاً لحق الإسترداد وإنما هو
محل لحق الشفعة حتى ولو كان سبب الشبوع في
العقار هو الميراث .

المحكمة وتبدأ مدة السقوط في هذه الحالة من
تاريخ صدور حكم النقض بإعتباره أنه آخر إجراء
صحيح في الدعوى .

٢- المقرر في قضاء هذه المحكمة - إن
الخصومة فيما يتعلق بسقوطها ووفقاً لنص المادة
١٣٦ من قانون المرافعات قابلة للتجزئة عند تعدد
المدعى عليهم ما لم يكن موضوعاً غير قابل
للتجزئة إذ في هذه الحالة يخترق على سقوط
الخصومة بالنسبة لبعض المدعى عليهم سقوطها
بالنسبة للباقيين .

٣- مفاد نص المادة ١/١٣٨ من قانون
المرافعات أنه يخترق على القضاء بسقوط
الخصومة في الإستئناف يصبح الحكم المستأنف
نهائياً مادام أنه بقي على حاله ولم تتناوله محكمة
الإستئناف بإى تعديل أو إلغاء قبل سقوط
الخصومة .

(الظن رقم ٢٤٤٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢٢)

(٨)

جلسة ١٩٨٩/٢/٢٢

(١) عقد " تفسير العقد " ، محكمة
الموضوع " سلطة محكمة الموضوع في العقد " .
محكمة الموضوع ، سلطتها في تفسير
المستندات وصيغ العقود والشروط المختلف عليها
بما تراه أولى بمقصود عاقديهما دون رقابة من
محكمة النقض . شرطه .

(٢) شفعة . بيع " بيع الحصة الشائعة " .
شبوع . " إسترداد الحصة الشائعة " .

(الظن رقم ٨٦١ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢٢)

(٩)

لها : قرارات سلطات التحقيق " . نيابة عامة
" قرارات سلطات التحقيق " .

الأوامر والقرارات الصادرة من سلطات
التحقيق . لا حجية لها أمام القاضى المدنى . علة
ذلك .

(٥) حكم " الفساد فى الإستدلال " . نقض
" الفساد فى الإستدلال : ما يعد كذلك " القصور
فى التسبيب : ما يعد كذلك " .

إستناد الحكم إلى قرينة ضمن قرائن أخرى
معينة . إستدلاله بها مجتمعة دون بيان أثر كل
منها . وتكوين عقيدة المحكمة . فساد فى
الإستدلال وقصور فى التسبيب .

(٦) إثبات " القرائن " . محكمة الموضوع .
محكمة لموضوع سلطاتها فى إستنباط القرائن .
شرطه . أن يكون سائفاً .

(٧) (٨) مسئولية " مسئولية تقصيرية " .
أسباب الإيابة " إساءة إستعمال الحق . تعويض .
(٧) إطناسة القانون من أسباب الإيابة .
م ٦٣ عقوبات . شرطه . أن يكون مطابقاً
للقانون .

(٨) ميسالة الموظف لإساءة إستعمال حقه .
شرطه . إنحرافه فى أعمال وظيفته عن مقتضى
الواجب المفروض عليه بقصد الإضرار بالغير .
لأغراض ناهية عن المصلحة العامة .

١- المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه متى
كان النص عاماً مطلقاً فلا محل لتخصيصه أو
تقييده إستهداً بقصد المشرع منه لما فى ذلك من

جلسة ١٩٨٩/٢/٢٣

(١) إختصاص " إختصاص محلى " . دعوى
" الخصوم فى الدعوى " .

تحديد المدعى عليه فى الدعوى . مناطه . أن
تكون وجهت إليه طلبات فيها . تعدد المدعى
عليهم فى الدعوى تعدداً حقيقياً على إختلاف
مراكزهم القانونية فيها . أثره . للمدعى رفع
الدعوى أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن
أحدهم سواء كان مسئولاً بصفة أصلية أو
ضامناً . علة ذلك .

١٧١ تعويض . مسئولية " مسئولية تقصيرية "
إساءة إستعمال حق التقاضى " الإيابة عن
الجرائم " .

إبلاغ السلطات المختصة . من المباحات .

ميسالة المبلغ . شرطه . ثبوت كذب البلاغ
وتوافر سوء القصد أو صدور التبليغ عن تسرع
ورعونة وعدم إحتياط .

(٣) مسئولية " مسئولية تقصيرية " . محكمة
الموضوع . نقض " سلطة محكمة النقض " .

محكمة الموضوع . سلطاتها . إستخلاص
الحظا الموجب للمسئولية متى كان سائفاً ومستنداً
من عناصر تؤدى إليه من وقائع الدعوى . تكييف
الفعل بأنه خطأ من عدمه . تحضوه لرقابة
محكمة النقض .

(٤) حكم " حجية الحكم : قرارات لا حجية

ومن ثم فإن إستعمال هذا الحق أو أداء هذا الواجب لا تترتب عليه أدنى مسئولية قبل المبلغ إلا إذا ثبت كذب الواقعة المبلغ عنها وأن التبليغ قد صدر عن سوء قصد وبغية الكيد والנקابة بن أبلغ عنه أو ثبت صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياط ، إما إذا تبين إن المبلغ كان يعتقد بصحة الأمر الذي أبلغ عنه أو قامت لديه شبهات تبرر التبليغ فإنه لا وجه لمسألته عنه .

٣- المقرر في قضاء هذه المحكمة أن إستخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وإن كان يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع إلا أن ذلك مشروط أن يكون إستخلاصها سائفاً ومستمداً من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى ، كما أن تكليف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه من المسائل التي يخضع قضاء الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض وتقتد هذه الرقابة إلى تقدير الوقائع فيما يستلزمه التحقق من صحة إستخلاص الخطأ من تلك الوقائع والظروف التي كان لها أثر في تقدير الخطأ وإستخلاصه .

٤- من المقرر أن القرارات الصادرة من سلطات التحقيق لا تفصل في موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو الإدانة وإنما تفصل في توافر أو عدم توافر الظروف التي تجعل الدعوى صالحة لإحالتها إلى المحكمة للفصل في موضوعها ، ومن ثم فلا تكتسب تلك القرارات أية حجية أمام القاضي المدني .

٥- لا يقبل الحكم من عثراته ويذهب عنه فساده إعتبار مبرز حفظ الشكوى مجرد قرينة

إستحداث لحكم مغاير لم يأت به النص عن طريق التأويل . ولما كان النص في الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المرافعات على أن " وإذا تعدد المدعى عليهم كان الإختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم " قد ورد في عبارة عامة مطلقة بحيث يتسع لكافة المدعى عليهم المتعددين في المحسومة تعدداً حقيقياً ، والمقصود بهم هؤلاء الذين وجهت إليهم طلبات في الدعوى لا أولئك الذين اختصوا بإصدار الحكم في مواجهتهم أو لمجرد الشغل فيها . فمن ثم يجوز للمدعى طبقاً لهذا النص رفع الدعوى على المدعى عليهم المتعددين تعدداً حقيقياً على إختلاف مراكزهم القانونية فيها أمام المحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم سواء كان مسئولاً بصفة أصلية أو ضامناً دون قيد أو تخصيص ، ولا محل للقول بقصر تطبيق حكمة على فئة المدعى عليهم المتساوين في المراكز القانونية في الدعوى دون سواهم أو تغليب موطن المسئول الأصلي على موطن الضامن له عند تحديد المحكمة المختصة محلياً لما ينطوي عليه ذلك القول من تقييد لمطلق النص وتخصيص لعمومه بغير مخصص وهو ما لا يجوز .

٦- النص في المادتين ٢٥ ، ٢٦ من قانون الإجراءات الجنائية يدل على أن إبلاغ الجهات المختصة بما يقع من الجرائم التي يجوز للنيابة العامة رفع الدعوى الجنائية عنها بغير شكوى أو طلب يعتبر حقاً مقبلاً لكل شخص وأجبا على كل من علم بها من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء وبسبب تأدية عملهم وذلك حماية للمجتمع من عبث الخارجين على القانون ،

ذلك القصد وتبين للقاضي أن العمل الذي أتاه الموظف قد أملاه واجب الوظيفة فلا ينصح القول بأنه إساءة إستعمال حقه .

(الطعنة أرقام ١٩٩٧، ١٩٩٢، ١٩٩٠، ١٩٨٩/٢/٢٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢٤)

(١٠)

جلسة ١٩٨٩/٢/٢٥

محكمة الموضوح " سلطة محكمة الموضوع :
في مسائل الواقع " . حكم " تسييب الحكم " . دعوى .
تحصيل فهم الواقع في الدعوى . من سلطة
قاضي الموضوع . شرطه .

تحصيل فهم الواقع في الدعوى وإن كان من
شأن قاضي الموضوع إلا أن ذلك مشروط بأن
يكون إستخلاصه سائفاً وله أصله الشايت
بالأوراق .

(الطعن رقم ٢٨ لسنة ٥٥ - جلسة ١٩٨٩/٢/٢٥)

(١١)

جلسة ١٩٨٩/٢/٢٨

نقض " أثر نقض الحكم " . إستئناف " سلطة
محكمة الإحالة " تعويض " تقديره " .

دمج الضررين اللذين لحقاً بالوارث والمورث
عند القضاء بالتعويض دون تخصيص لمقدار كل
منهما . لا يؤثر في أن كل عنصر منهما كان له
حسابه في تقدير التعويض . نقض الحكم لعدم
جواز التعويض عن أحد العنصرين . يوجب على

طالما كانت هذه القرينة ضمن القرائن الأخرى
المعبية السالفة التي إستدل بها الحكم مجتمعة
على خطأ الطاعن وكان لا يبين أثر كل واحدة من
هذه القرائن . في تكوين عقيدة المحكمة ، لما كان
ذلك وكان الحكم قد أغفل دفاع الطاعن الذي
ضمنه مذكرته المقدمة لمحكمة الإستئناف بتاريخ
١٩٨٤/٣/٣ بشأن صفة بلاغة وحسن نيته وما
إستدل به على ذلك مع كونه دفاعاً جوهرياً فيكون
قد عابه فضلاً عن الفساد في الإستدلال ومخالفة
الثابت بالأوراق القصور في التسييب .

٦- الأصل في إستنباط القرائن أنها من
إطلاقات محكمة الموضوع إلا أنه يشترط أن
يكون إستنباطها سائفاً وإن يكون إستدلال الحكم
له سند من الأوراق ومؤدياً إلى النتيجة التي بنى
عليها قضاءه .

٧- إطاعة القانون طبقاً لنص المادة ٦٣ من
قانون العقوبات من أسباب الإباحة التي لا توجب
أية مسئولية جنائية كانت أو مدنية قبل من أطاعه ،
فإذا ما عهد القانون بإختصاص معين لموظف فإن
ما يصدر عنه من عمل في نطاق ذلك
الإختصاص يكون مباحاً طالما كان مطابقاً
للقانون .

٨- من المقرر أن إساءة الموظف إستعمال حقه
تقتضي قيام الدليل على أنه إنحرف في أعمال
وظيفته عن مقتضى الواجب المفروض عليه وأنه لم
يتصرف التصرف الذي إنغذه إلا بقصد الإضرار
لأغراض نائية عن المصلحة العامة ، فإذا إنتفى

(١٣)

جلسة ١٩٨٩/٣/٨

(١) دعوى " التدخل في الدعوى : التدخل الخاصى " . صلح .

طلب الخصوم الأصليون إنهاء النزاع صلحاً وإحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة . التدخل خصامياً بطلب الحكم بحق مرتبط بالدعوى الأصلية . أثره . عدم قبول الصلح بشأنه إلا بعد الفصل فى طلب التدخل . غلة ذلك .

(٢) دعوى " التدخل فى الدعوى : التدخل الخاصى " . محكمة الموضوع " سلطة محكمة الموضوع : فى التدخل فى الدعوى " .

تقدير توافر الإتيان بين طلب التدخل الخاصى والطلب الأصلى من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاها على أسباب سائفة تكفى لحمله . مثال .

(٣) محكمة الموضوع " سلطة محكمة الموضوع : فى مسائل الواقع " . تحصيل فهم الواقع وتقدير الأدلة . من سلطة محكمة الموضوع حسبها أن تبين الحقيقة التى أقتنعت بها وأن تورد دليلها وأقامت قضاها على أسباب سائفة تكفى لحمله .

(٤) دعوى " تكييف الدعوى " .

تكييف الدعوى . العبرة فيه بحقيقة المقصود من الطلبات لا بألفاظها . مثال .

١- الشايت من الأوراق أن الدعوى أمام

محكمة الإحالة خصم ما يقابله من تعويض . مخالفة ذلك . خطأ فى القانون .

لما كان دمج الضررين اللذين لحقاً بالوارث والمورث عند القضاء بالتعويض عنهما بعد تخصيص لمقداره عن كل منهما ، لا يحول دون قيام حقيقة أن كل عنصر منهما كان له حساه فى تحديد مقدار التعويض المقضى به ، فإذا نقض الحكم لهما جواز القضاء بالتعويض عن أحد هذين العنصرين وجب على محكمة الإحالة أن تخصص ما ترى أن يقابله من مقدار التعويض المقضى به وإلا كان قضاؤها مخالفاً للقانون ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر فإنه يكون قد خالف القانون .

(الطن رقم ٩١ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢٨)

(١٢)

جلسة ١٩٨٩/٣/١

عقد " فسخ العقد " محكمة الموضوع " سلطة محكمة الموضوع : فى العقود " أسباب الفسخ ، تقدير كفايتها من عدمه . من سلطة محكمة الموضوع شرطه .

تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو من سلطة محكمة الموضوع متى كان إستخلاصها سائفاً وله أصله الثابت بالأوراق .

(الطن رقم ٩٧١ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٩/٣/١)

الحقيقة التي أقتنعت بها وأن تورد دليلها ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض ما دامت أقامت قضاها على أسباب سائفة لها مأخذها من الأوراق بما يكفي لحمله .

٤- المقرر في قضاء هذه المحكمة أن العبرة في تكليف الدعوى هي بحقيقة المقصود من الطلبات فيها لا بألفاظ التي صيغت بها هذه الطلبات .

(الطعن رقم ٧٠٠٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٨)

(١٤)

جلسة ١٩٨٩/٣/٨

(١) إثبات " طرق الإثبات : اليمين الحاسمة " .
محكمة الموضوع " سلطة محكمة الموضوع : في اليمين الحاسمة " .

اليمين الحاسمة . جواز توجيهها في واقعة قانونية دون مسألة قانونية . علة ذلك . توجيه اليمين بصفة تتعلق بالطبيعة القانونية للقضاء وما إذا كانت ثمة فرائد مستحقة ومقدارها وتاريخ استحقاقها . من مسائل في تطبيق القانون .

(٢) أوراق تجارية " الشيك " .

الشيك . الأصل فيه أن يكون مدنياً . عدم إعتبره ورقة تجارية إلا إذا كان موقعاً عليه من تاجر أو مترتباً على معاملة تجارية .

محكمة أول درجة تتحصل في شقها الأول فيما طلبه الطاعنون من حقهم في الإلتفاف بالمدفن محل النزاع ومنع تعرض المطعون عليها الأولى وفي شقها الثاني فيما طلبته المطعون عليها الثانية - المتدخلة في الدعوى - من رفض الدعوى بالنسبة للمقبرة رقم ٢٤/١٠ وعدم الإعتداد بعقد الصلح المشار إليه كما تتحصل في أن طرفي الشق الأول من الدعوى وهم الخصوم الأصليون فيها قد أنهوا النزاع المتعلق بالإلتفاف بمقابر المدفن صلحاً وطلبوا إلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة رغم قيام طلب التدخل بشأنه أمام محكمة وإذا كانت طلبات التدخل على هذا النحو تعد تدخلاً خصامياً تطلب به المتدخله لنفسها حقاً ذاتياً مرتبطاً بالدعوى الأصلية فقد تعين عدم قبول الصلح بشأنه إلا بعد الفصل في طلب التدخل لأن الحكم الذي يصدر بإلحاق الصلح بالمزمع بمحضر الجلسة يتوقف على التحقق من عدم سلامة دعوى المتدخلة .

٢- تقدير توافر الإرتباط بين طلب التدخل الخصامي والطلب في الدعوى الأصلية من عدمه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو مما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض ما دامت أقامت قضاها على أسباب سائفة لها مأخذها من الأوراق بما يكفي لحمله .

٣- المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها وحسبها أن تبين

وما إذا كان ثمة فوائد مستحقة ومقدارها وتاريخ استحقاقها وكلها من مسائل القانون « فإن الحكم المطعون فيه إذا رفض توجيه اليمين يكون قد إلتزم صحيح القانون .

٢- الأصل في الشيك - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون مدنياً ولا يعتبر ورقة تجارية إلا إذا كان موقعاً عليه من تاجر أو مترتباً على معاملة تجارية .

٣- الأصل طبقاً للمادة ٢٢٦ من القانون المدني هو سريان الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية بها ما لم يحدد الإتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها أو ينص القانون على غير ذلك .

٤- العريضة التي تقدم لإستصدار أمر الأداء هي البديل لصحيفة الدعوى وبها تتصل الدعوى بالقضاء إما التكليف بالوفاء فهو شرط لصدور الأمر لا يتعلق بالعريضة بل هو إجراء سابق عليها فلا يعد من قبيل المطالبة القضائية .

٥- المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تأخير المدين في الوفاء بالدين لا يستوجب أكثر من إلزامه بالفائدة القانونية ما لم يثبت أن هذا التأخير كان بمسوء نية المدين وترتب عليه إلحاق ضرراً إستثنائياً بالدين وذلك وفقاً للمادة ٢٣١ من القانون المدني .

(٣) فوائد الفوائد القانونية " أمر أداء " .

الفوائد القانونية . الأصل سريانها من تاريخ المطالبة .م ٢٢٦ مدني . الإستثناء . أن يجذب الإتفاق أو البصر أو ينص القانون على غير ذلك .

(٤) أمر أداء " طلب الأمر ، التكليف بالوفاء " . دعوى " صحيفة الدعوى عريضة إستصدار أمر الأداء . بديل لصحيفة الدعوى . التكليف بالوفاء . أمر سابق عليها و شرط لصدور الأمر ، عدم إعتباره من قبل المطالبة القضائية .

(٥) فوائد " الفوائد القانونية " . إلزام .

تأخر المدين في الوفاء . أثره . إلزامه بالفوائد القانونية ما لم يثبت نية وترتب عليها إلحاق ضرراً إستثنائياً بالدين . مدني .

١- إنه وإن كانت اليمين الحاسمة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ملكاً للمخضوم وأن على القاضي أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها إلا أنه لا يجوز أن توجه إلا في واقعة قانونية لا في مسألة قانونية ، ذلك أن إستخلاص حكم القانون من شأن القاضي وحده لا من شأن المخضوم وإذ كان الثابت في الدعوى أن صيغة النص الحاسمة التي طلب الطاعن توجيهها إلى المظنون عليه هي بالله العظيم أن المستأنف لا يستحق تعديل الحكم المستأنف إلى قبول جميع طلباته بقيمتها الواردة في ختام صحيفة الإستئناف « وهي التي تتعلّق بطبيعة الشيك القانونية

(١٥)

جلسة ١٩٨٩/٣/٩

١- حكم " تسنيب الحكم " عيوب التدليل "

" ما يعد قصوراً " . إغفال الرد على الدفاع الجوهري المؤثر في النتيجة التي إنتهت إليها الحكم قصور .

٢- شفعة . بيع . تسجيل عقد البيع غير المسجل . منتج لأثاره . ثبوت الشفعة فيه .

شفعة " توالى البيوع " . دعوى . بيع . تسجيل . إعلان إلزام الشفيع في حالة توالى البيوع بإدخال المشتري الثاني خصماً في الدعوى متى تم البيع الثاني قبل تسجيل إعلان الرغبة . مؤدى ذلك . وجوب توجيه طلب الشفعة إلى طرفي البيع الثاني ، لا يغير من ذلك سبق إختصاص المشتري الأول في الدعوى في البيع الأول . علة ذلك . توجيه إعلان الرغبة بإعلان رسمي في موطنهما ولو كان مختاراً وإلا كان باطلاً . م ١/٩٤٢ . ٩٤٠ مدني . ثبوته من واقع الورقة المثبتة له أو صورتها .

(١) إغفال الرد على أوجه دفاع الخصم لا يعد من قبيل القصور إلا إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً في النتيجة التي إنتهى إليها .

(٢) من المقرر أن البيع ولو وقع من مشتر لم يسجل عقد شرائه هو بيع قائم ومنتج لأثاره تثبت فيه الشفعة ثبوته في كل بيع إستوفى أركانه .

(٣) يذل النص في المادة ٩٣٨ من القانون

المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أنه يجب على الشفيع الذي يريد الأخذ بالشفعة في حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقاً لما جرى به نص هذه المادة ضد المشتري الثاني والشروط التي إشتري بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة ، وذلك لزوال قابلية البيع الأول للأخذ فيه بالشفعة ، والتالي صار متعيناً على الشفيع أن يوجه طلبه إلى طرفي البيع الثاني وبشروط هذا البيع ، فيصبح الخصوم فيه هما البائع في هذا العقد أى المشتري الأول والمشتري الثاني لا يغير من ذلك أن يكون المشتري الأول قد سبق إختصاصه في الدعوى في البيع الأول قبل توجيه طلب الشفعة في البيع الثاني ، ويكون إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة لكل من المشتري والبائع إعلاناً رسمياً على يد محضر وإلا كان باطلاً كما تنص بذلك صراحة المادتان ٩٤٠ ، ١/٩٤٢ من القانون المدني ويوجه إلى موطن كل منهما إلا إذا كان أيهما قد اتخذ موطناً مختاراً له فيجوز إعلان الرغبة في هذا الموطن ، ولا يثبت إعلان الخصم بالرغبة في الأخذ بالشفعة وتاريخ هذا الإجراء إلا من واقع الورقة المثبتة له أو صورتها .

(الطعن رقم ١٢٨٢ لسنة ٥٤٤ جلسة ١٩٨٩/٣/٩)

(١٦)

جلسة ١٩٨٩/٣/١٥

(١) حجز " الحجز التحفظي " . تنفيذ " قاضى

التنفيذ " . قاضى التنفيذ . إختصاصه وحده بالأمر

بالحيز في الحالات التي يلزم إذن القضاء لتوقيعه .
الإستثناء اختصاص رئيس الهيئة التي تنظر دعوى
أصل الحق وقاضي الأداء عند توافر شروط أمر
الأداء المادتان . ٢١٠ / ١٣٩٤ مرافعات .

(٢) إثبات " طرق الإثبات : التحقيق " .
بطلان . " بطلان الإجراءات " . محكمة الموضوع :
" سلطة محكمة الموضوع : في التحقيق " . رجاء
المحكمة سماع شهود النفي لجلسة أخرى غير التي
سمع فيها شهود الإثبات . لا بطلان . شرطه .
وجود مانع يحول دون سماعهم في ذات الجلسة .
تقدير المانع من سلطة محكمة الموضوع دون
معقب .

(٣) نقض " أسباب الطعن " . حكم " المحكم
الإستثنائي " . النعنى على ما ورد بالحكم
الإبتدائي ولم يأخذ به الحكم الإستثنائي الذي أحال
على أسبابه . غير جائز أمام محكمة النقض .

(٤) تعريض " التعويض المادي " . حكم .
الحكم بالإلزام الطاعن بالتعويض عن الإضرار المادية
والأدبية وتقييم منقولات الزوجية أو دفع قيمتها
لا زواج فيما قضى به من تعويض مادي .
علة ذلك .

١- لما كان قاضي التنفيذ هو المختص وحده
بإصدار الأمر بالحيز في الحالات التي يلزم إذن
القضاء بتوقيعه ، ولا يستثنى من ذلك إلا
ما تنص عليه الفقرة الرابعة من المادة ٣١٩ من
قانون المرافعات من اختصاص رئيس الهيئة التي
تنظر الدعوى المرفوعة بأصل الحق ، وما تنص عليه
المادة ٢١٠ من القانون المذكور من اختصاص
قاضي الأداء إذا توافرت شروط إستصدار أمر

الأداء ، وكان الشايت في الدعوى أنها رفعت
بطلب تسليم منقولات معينة بذاتها وهو
ما لا يتوافر بشأن شروط إستصدار أمر الأداء
فإن قاضي التنفيذ يكون هو المختص وحده بإصدار
الأمر بتوقيع الحيز التحفظي على تلك المنقولات
لما كانت المادة ٢٠ من قانون المرافعات وعلى
ما يجري به قضاء هذه المحكمة لا يترتب البطلان
بغير نص صريح إلا إذا شاب الإجراء عيب لم
تتحقق بسببه الغاية منه ، وكان النص في المادة
٧٥ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٨ على
أنه لا يجوز بعد إنتضاء ميعاد التحقيق سماع
شهود بناء على طلب الخصوم وهو نص
تنظيمي لا يترتب البطلان على مخالفته ، فإنه
يعتمد بالتحقيق الذي يتم بعد إنتهاء الميعاد طالما
سمع شهود الطرفين ، وتحققت الغاية من الإجراء ،
وإذا كان النص في الفقرة الأولى من المادة ٢٣ من
قانون الإثبات على أن يستمر التحقيق إلى أن يتم
سماع جمع شهود الإثبات والنفي في الميعاد
ويجري سماع شهود النفي في الجلسة ذاتها التي
سمع فيها شهود الإثبات إلا إذا حال دون ذلك
مانع ، يدل على أنه وإن كان الأصل سماع شهود
النفي في نفس الجلسة التي سمع فيها شهود
الإثبات إلا أن هذا ليس أمراً حتمياً يترتب على
مخالفته البطلان ، بل ترك المشرع تنظيمه
للمحكمة التي تتولى إجراء التحقيق فلها أن
ترجيء سماع شهود النفي إلى جلسة أخرى غير
التي سمع فيها شهود الإثبات إذا حال دون
سماعهم في نفس الجلسة مانع ، وتقدير المانع
يدخل في نطاق سلطة المحكمة الموضوعية
بلا معقب عليها لما كان النعنى موجهاً إلى ما ورد

لمحكم الموضوع . إلزام محكمة الاستئناف
بمراجعة تقديرها في هذا الشأن .

(٢) حكم " تسييب الحكم " . نقض .

إستطراد الحكم إلى ما يستقيم بدونه .
لا غيب .

١- مفاد نص المادة ٩٩ من قانون المرافعات -
وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الحكم
باعتبار الدعوى كأن لم تكن هو أمر جوازي
لمحكم الموضوع يرجع فيه إلى تقديرها ، وعلى
محكمة الاستئناف مراجعة محكمة الدرجة الأولى
في تقديرها له .

٢- إذ أنصح الحكم الابتدائي المزيد في
نتيجة بالحكم الطعن فيه بأسبابه بأن القضاء
باعتبار الدعوى كأن لم تكن بغنى المحكمة عن
نظر الموضوع ، فلا يعيبه ما إستطرد إليه في
خصوص الدلع بخدم قبول الدعوى إذ يستقيم
الحكم بدونه .

(الطعن رقم ٥٧٨ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٩/٣/١٥)

(١٨)

جلسة ١٩٨٩/٣/٢٢

(٢.١) حكم " الطعن فيه : الأحكام غير
الجائز الطعن فيها " . نقض " حالات الطعن " .
إختصاص " الإختصاص القيمي " .

عدم جواز الطعن على إستقلال في الأحكام
الصادرة أثناء سير الخصومة قبل الحكم النهائي لها .
الإستثناء : م ٢١٢ مرافعات . علة ذلك .

بالحكم الابتدائي الصادر في ... فيما لم يأخذ به
الحكم الإستئنافي الذي أحال على أسباب الحكم
المستأنف الصادر في ... فلا يجوز إثارته أمام
محكمة النقض .

١- البين من مدونات الحكم الابتدائي المحال
على أسبابه من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاء
بالزام الطاعن الأول بالتعويض المقضى به عن
الأضرار المادية والأدبية التي لحقت بالمطعون
عليها والتي تتمثل في حرمانها من إستعمال
منقولاتها وما أصابها من حزن من جراء خطأ
الطاعن الأول المتمثل في تهديده لتلك المنقولات
وهي أمور حسنها الحكم الجنائي البات الصادر
في الجنحة رقم (٢٢) سنة ١٩٨٢ مستأنف
التصورية وإذا كان قضاء الحكم المطعون فيه بهذا
التعويض مع إلزام الطاعن الأول بتسليم المنقولات
ودفع قيمتها لا يمثل إزدواجاً في التعويض المادي
المقضى به ، فإن النعى بهذا السبب يكون على
غير أساس .

(الطعن رقم ١٧٠٨ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٣/١٥)

(١٧)

جلسة ١٩٨٩/٣/١٥

(١) دعوى " مسائل تعترض سير
الخصومة : إعتبار الدعوى كأن لم تكن " . محكمة
الموضوع " سلطة محكمة الموضوع " . إستئناف
" سلطة محكمة الإستئناف " .

الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن وفقاً
للمادة ١٩ مرافعات جوازي . سلطة تقديره

لما كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بإلغاء الحكم المستأنف القاضى بعدم اختصاص المحكمة الابتدائية فيما ينظر الدعوى - وبإختصاصها بنظرها وإحالتها إليها للفصل فى موضوعها - فإن هذا القضاء لا تنتهى به الخصومة الأصلية المرددة بين أطراف الدعوى والتي تعلق النزاع فيها بمدى أحقية المطعون عليها الأول والثانى فى أخذ المقار منحل النزاع بالشفعة ولا يندرج ضمن باقى الأحكام التى إستثنتها على سبيل الحصر المادة ٢١٢ من قانون المرافعات ومن ثم فلا يجوز الطعن فيه بالنقض إستقلالاً .

(الطعن رقم ١٤٨ لسنة ٥٥ جلسة ١٩٨٩/٣/٢٢)

(١٩)

جلسة ١٩٨٩/٣/٢٢

(٢.١) نقض " أسباب الطعن : السبب المتعلق بالنظام العام " . نظام عام " المسائل المتعلقة بالنظام العام " . دعوى . بطلان .

(١) الأسباب المتعلقة بالنظام العام . لمحكمة النقض التصدى لها من تلقاء نفسها . ولو لم ترد فى صحيفة الطعن مـ ٣/٢٥٣ مرافعات .

(٢) الأحكام المتعلقة بولاية القاضى النظر فى القضايا والفصل فيها من النظام العام . جزاء مخالفتها . بطلان الإجراءات بما فى ذلك الحكم الصادر فى الدعوى . أثر ذلك .

(٣) وصية . حكم " إصدار الحكم " . قضاء . دعوى .

القضاء بإلغاء الحكم المستأنف الصادر بعدم اختصاص المحكمة الابتدائية فيما ينظر الدعوى والإحالة وبإختصاصها بنظرها ليس من الأحكام المستثناء كما لا تنتهى به الخصومة . أثره . علم جواز الطعن عليه بالنقض على إستقلال .

المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المادة ٢١٢ من قانون المرافعات إذ نصت على أن " لا يجوز الطعن فى الأحكام التى تصدر أثناء سير الدعوى إلا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها ، وذلك فيما عدا الأحكام الرقعية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبرى " فإن مفاد ذلك . وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون - أن المشرع وضع قاعدة عامة تقضى بعدم جواز الطعن على إستقلال فى الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامى المنهى لها ، وذلك فيما عدا الأحكام الرقعية والمستعجلة والصادرة بوقف الدعوى ، أو التى تصدر فى شق من الدعوى وتكون قابلة للتنفيذ الجبرى المشرع فى ذلك هو الرغبة فى منع تقطيع أوصال القضية الواحدة وتوزيعها بين مختلف المحاكم مما يؤدى إلى تعريق الفصل فى موضوع الدعوى وما يترتب على ذلك من زيادة نفقات التقاضى ، وإن الخصومة التى ينظر إلى إنتهاؤها أعمالاً لهذا النص هى الخصومة الأصلية المرددة بين طرفى الدعاوى وإن الحكم الذى يجوز الطعن فيه تبعاً لذلك هو الحكم الذى تنتهى به الخصومة الأصلية برمتها وليس الحكم الذى يصدر فى شق منها أو مسألة عارضة عليها أو متصلة بالإثبات فيها ولا يعتد فى هذا الصدد بالخصومة حسب نطاقها الذى رعت به أمام محكمة الإستئناف .

على غير المسلم ولاية القضاء على المسلم لإنتفاء هذه الولاية شرعاً ، وهو حظر مطلق شامل للدعوى الأصلية التي تسمى على الخصومة المطروحة فيها أحكام الشريعة الإسلامية وكذلك سائر المنازعات المتفرعة عن دعوى مرفوعة أمام المحكمة المختصة بموجب القانون بشأنها تطبيق أحكام هذه الشريعة . إقتضاه على ما يتحقق به الفصل في الخصومة . مجرد إشترك القاضى غير المسلم فى تلاوة الحكم . غروجه عن نطاق هذا الحظر ، على ذلك .

القضاء على المسلم . حظر توليه على غير المسلم . على ذلك . نطاقه . الدعاوى الأصلية التى تسرى على الخصومة فيها أحكام الشريعة الإسلامية وسائر المنازعات المتفرعة عن دعاوى مرفوعة أمام المحكمة المختصة بموجب القانون بشأنها تطبيق أحكام هذه الشريعة . إقتضاه على ما يتحقق به الفصل فى الخصومة . مجرد إشترك القاضى غير المسلم فى تلاوة الحكم . غروجه عن نطاق هذا الحظر ، على ذلك .

النص فى الفقرة الثالثة من المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات يدل على أن لمحكمة النقص أن تثير من تلقاء نفسها الأسباب بالنظام العام ولو لم ترد فى صحيفة الطعن .

٢- إذ كانت الأحكام المتعلقة بولاية القاضى النظر فى القضايا والفصل فيها تتعلق بأصل أساسى من أصول التقاضى من النظام العام والتى يترتب على مخالفتها بطلان الإجراءات بما فيها الحكم الصادر فى الدعوى ، فإنه يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان فى أية حالة كانت الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقص ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

٣- إذ كان من المقرر لما توجبه المادة ٩١٥ من القانون المدنى سريان أحكام الشريعة الإسلامية على الوصية وما قن من أحكامها فى القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، وكان من الأصول المقررة التى إتفق عليها الإجماع فى الشريعة الإسلامية إستعداداً من الكتاب والسنة أنه يشترط فى ولاية القاضى الذى يفصل فى أنزعة المسلمين توافر شروط معينة أولها وعمدتها الإسلام فهى تحظر

(الطعن رقم ٢٤٧٤ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢٣)

(٢٠)

جلسة ١٩٨٩/٣/٢٨

إثبات " اليمين الخامسة " . " الدفع بالجهالة " . محكمة الموضوع " تقدير الدليل " .

إستخلاص كيديه اليمين الخامسة أو عدم جدية الدفع بالجهالة . من سلطة محكمة الموضوع . شرطه . أن يكون سائفاً له أصل ثابت فى وقائع الدعوى ومستنداتها . إستخلاص المحكمة كيدية اليمين بشأن حقيقة مضمون العقد وكيدية دفع

على العقد دفع غير جدى ، وأخذ بالعقد بناء على ذلك ، دون توجيه اليمين الحاسمة ولا بين عدم العلم ، ودون تحقيق بصمة الختم المنسوبة للمورثة عليه . فى حين أن إقرار الطاعنة الأولى بصمة بصمة أصبعا على ورقة العقد وإن كان يكفى حجة على إنها إرقتت مضمون هذه الورقة والتزمت به إلا أنه - وقد إدعت أنه مختلس منها غشاً - لا يبرر مصادرة حقها فى إثبات هذا الإدعاء ، ولا يفيد أنها متعسفة فى استعمال حقها هذا بالإحتكام إلى ذمة أخيها باليمين الحاسمة ، كما أنه لا يدل بحال على صحة بصمة الختم المنسوب للمورثة لإختلاف الأمرين وعدم ترتيب أحدهما على الآخر - فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وأقام قضاء على إعتبارات غير سائغة وليس من شأنها أن تؤدى إلى ما إنتهى إليه وشابه بذلك فساد فى الإستدلال .

(الطعن رقم ٧٥-٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢٨)

الطاعنين بجهالة بصمة الختم المنسوبة لمورثتهما من مجرد إقرار الطاعنة الأولى بصمة بصمتها على ورقة النزاع . خطأ فى القانون وفساد فى الإستدلال . علة ذلك .

مناط السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فى إستخلاص كيدية اليمين الحاسمة ومنع توجيهها ، أو إستخلاص عدم جدية الدفع بالجهالة ورفضه دون تحقيق صحة التوقيع المنسوب للمورث ، أن يكون هذا الإستخلاص سائفاً وله أصل ثابت فى وقائع الدعوى ومستنداتها ، ولما كلف الحكم المطعون فيه قد إستخلص من مجرد إقرار الطاعنة الأولى بصمة بصمتها على الورقة محل النزاع أن اليمين الحاسمة طلبت توجيهها إلى المطعون ضده - بشأن حقيقة مضمون هذه الورقة وقبضها الثمن المبين فيها - بين كيدية ، وإن دفع الطاعنتين بالجهالة بالنسبة لبصمة الختم المنسوبة لمورثتهما

المحاضرة ...

إن المحاضرة خلق . ونجدة ، وشجاعة ، وثقافة ،
وتفكير ، ودرس ، وتمحيص ، وبلاغة ، وتذكير ،
ومثابرة ، وجلد ، وثقة بالنفس ، وإستقلال فى الرأس
والحياة ، وامانة وإستقامة ، وإخلاص فى الدفاع .

المفطور له الأستاذ الجليل

عبد الرحمن الرافعي نقيب المحامين السابق



« ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون »
(سورة المائدة - الآية رقم ٤٧)

« وأن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك »
(سورة المائدة - الآية رقم ٤٩)

« ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون »
(سورة المجادلة - الآية رقم ١٨)

« أفتؤمنون ببعض الكتاب وتكفرون ببعض ، فما جزاء من يفعل ذلك منكم إلا خزي فى الحياة الدنيا ويوم القيامة يردون إلى أشد العذاب »
(سورة البقرة - الآية رقم ٨٥)

(٢) إن الشريعة الإسلامية الغراء تحفظ الدين ، والنفس ، والعقل ، والعرض ، والمال ، وتقيم موازين العدل ، وتحصى حرية الإنسان .

الكريم - مرهون بالعمل بالشريعة وبالأخذ بالحل الإسلامى الشامل .

* يقول الحق تبارك وتعالى فى محكم آياته :

« لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط ، وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد ومنافع للناس ، وليعلم الله من ينصره ورسله بالغيب إن الله قوى عزيز »
(سورة الحديد - الآية رقم ٢٥)

« إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيماً »
(سورة النسا - الآية رقم ١٠٥)

« ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون »
(سورة المائدة - الآية رقم ٤٤)

« ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون »
(سورة المائدة - الآية رقم ٤٥)

* إن السبيل القويم إلى عدالة حق فى مصر الإسلامية هو الحكم بما أنزل الله ، وأن الإصلاح الجذرى لشئون التشريع والقضاء وحل مشكلاتهما يتمثل - من وجهة نظرنا - فى العناية بالشريعة الإسلامية دراسة وتشريعاً وحكماً وتطبيقاً ، وفى ذلك تحقيق لوحدة المنهج التشريعى والسياسة التشريعية ، والتكامل بين التشريع من ناحية وبين العقيدة والقيم والأخلاق من ناحية أخرى (١) .

* واتساقاً مع ذلك يتعين علينا - بادئ ذى بدء - إبراز المعطيات الأساسية التالية :

(١) إن تعنيين الشريعة الإسلامية والحكم بها ليس أمراً اختيارياً تأخذ به أو نتركه ، نعمله أو نهمله بل هو أمر ضرورى ولازم وحيوى ، يلزمنا به ديننا الحنيف ، وتقضيته صوالح مجتمعتنا ، لأن صلاح أمورنا - فيما قرره القرآن

بتغير الأهواء ، ولكنها بل إنها
تضع الأهواء وفقاً للحكم الإلهي .

(٧) إن أحكام الشريعة تقوم
على أسس منطقية ، وأهدافها
وأغراضها سامية ، ووسائلها
عادلة وإنسانية وراقية ، ولهذا
تتسع أحكامها لغير المسلمين .
لسماحتها لا تظلم أولئك
ولا هؤلاء ... بل تشملهم
بالرعاية والعناية والعدل وتحفظ
حقوقهم وتصور مصالحهم ،
وكان من شأن سماحتها أن
سادت أحكامها قروناً تمتع
خلالها المسلمون وغير المسلمين
بالحرية والمساواة وتحققت للأمة
في ظلها القوة والمنعة والعزة
والازدهار .

(٨) لقد طغى على بلادنا
ودعاً طويلاً من الزمان ،
الإستعمار العسكري والسياسي
وطغى معه بالضرورة الغزو
الفكري والثقافي والتشريعي ،
وظللنا نقيس كثيراً من الأمور
بقاييسه ، حتى رسخ لدينا أن
حلوله التشريعية المستوردة
جديرة بالتقرير والإحتزام ...
وقد آن الأوان بعد أن
استجمعت البلاد كافة مقدراتها
أن يصود الحكم بالقانون
الإسلامي بعد أن طال اغترابنا

القانونية الإسلامية بالعقيدة
وأخلاق وقهم وآداب الإسلام ،
من شأنه أن يمكن لهذه القاعدة
في نفوس المخاطبين بأحكامها ،
وأن يعزز من مكانتها في
قلوبهم وأن يدعروهم إلى
إحترامها ، وأن يقلل من
جسارتهم على مخالفتها
والتعاضل عليها والتهرب منها .

(٦) إن الحقيقة الثابتة التي
لا تغيب عن أحد ، هي أن
فلسفة التشريع الوضعي تختلف
اختلافاً جذرياً عن فلسفة
التشريع الإلهي فالأولى أضواء
ومروءة هي من وضع البشر
ناقصة بنقص واضعها ،
خاضعة بأكملها لمشيئتهم
يعدلون فيها ويغيرون كيف
شاخت لهم الأهواء . وتختلف
عن ملاحظة تطورها دوماً ،
وتتبدل وفقاً للظروف السائدة في
المجتمع الذي تحكمه ولا تصلح
لمجتمع آخر له سماته الخاصة به
، أما الثانية فهي سامية
كاملة لكونها من لدن الحكيم
الخبير ، وهي الأصل
الثابت لكل ما يبنى عليها
أو يتفرع منها وضعت لتقوم
اعوجاج البشر على إختلاف
مشابهم ، لا تتبدل ولا تتغير

(٣) إن الشريعة ليست
تاريخ حضارة بادت أو تراث
أقوام ماضين ، بل هي نظام
صالح للحياة وللتطبيق في كل
مكان وفي كل زمان ، إذ
تشتمل على أصول عامة وأحكام
لا تقبل التغير والتبدل قطعية
الشبوت والدلالة ولا مجال
للإجتihad فيها ، وأخرى اجتihadية
مفروضة لإجتهادات العلماء
الراسخين في العلم إما لأنها
ظنية الشبوت أو لكونها ظنية
الدلالة ، ومن هنا فإنها تتغير
بتغير المكان والزمان الأمر الذي
أدى إلى تعدد المذاهب
الإسلامية بل والآراء داخل
المذهب الواحد ، وهو ما يكفل
لأحكام الشريعة الغراء المرونة
والحيوية والسعة والقدرة على
مواجهة ما يجد في المجتمع من
تطورات فكرية وسياسية واجتماعية
واقتصادية ، أمكن معها القول
بأنها صالحة لكل زمان
ومكان .

(٤) إن أهم خصائص
الشريعة الغراء تكامل قواعدها
وارتباطها بالدين واتصالها
بالعقيدة ومبادئ الأخلاق والقيم
والآداب الإسلامية .

(٥) إن ارتباط القاعدة

ينكر صلاحيته للتطبيق ، بل رأينا من ينكر وصفه بأنه نظام قانوني .

وقد آن الأوان لصحوة قوية تعود فيها مرة أخرى جذوة الإيمان بصلاحية الإسلام - في كافة جوانبه - لحكم الحياة ، فلا سبيل للعودة إلى حضارة قوية سلفت إلا بعودة ملحة وحشية إلى الإحكام للقانون الإسلامي .

(١١) إن المتعجب لنصوص التشريعات الوضعية في بلادنا ، يجد أننا لم نتخفف كثيراً من الاحتلال الفكري والتشريعي الذي خلفه الغزو الاستعماري الغربي ، فلازالت النصوص التشريعية حافلة بلهاجة ما جرنه الكتاب والسنة وإجماع فقهاء المسلمين .

ولقد كان من آثار هذا الوضع الشاذ أن حدث ما يشبه الانقسام بين العقيدة التي يدين بها المصريون وبين ما يحكمهم من تشريعات ، وأصبح القاضي وهو يصدد أداء مهنته أمام نصوص تشريعية تتصادم على نحو سافر بالأحكام المستقرة في الشريعة الفراء ، وأشبه عليه أمره بين قيم معوجة ومعايير

تبلغ شأوها قبلها حضارات العالم مجتمعة ، وكان المنهج الاستنباطي والاستقرائي الذي إتبعه فقهاء القانون الإسلامي هو مفتاح المنهج العلمي الحديث الذي قاد الدنيا إلى أرحب آفاق الاختراع والإكتشاف ولم يتخلف المسلمون إلا حين تنكبوا عن منهجهم القديم الذي تثبت الأيام أنه المنهج القويم (٧)

(١٠) إن واقع حالنا ينطق بأن تخلف المسلمين لم يقتصر على حياتهم المادية فحسب ، بل امتد متجاوزاً الجانب المادي من الحياة ليشمل الجانب القانوني والفكري ، فنشأت أجيال متتابعة تدين بالإسلام ولا تطبق قانونه - بل هي تجهله - وتؤمن ببعض الكتاب وتكفر ببعضه حين تهمل تطبيق الشريعة أو تنكروا إلزامها وقد أدى هذا الفصام إلى أن أصبحت حياة الأمة القانونية محكومة بقوانين استوردت لها من بلاد الغرب هي التي تحمى معاملات الناس على أساسها وهي التي يتحاكم الناس إليها ، وكانت النتيجة أن بعد شيئاً فشيئاً ما بين المسلمين وما بين نظامهم القانوني حتى رأينا من

عنه ، وأن نتجه إلى أحكام التشريع الإسلامي التي تتوافر بذاتها على أسباب الصلاحية ومقومات الجدوى ، فشرعية الإسلام لا تقاس على غيرها بل غيرها هو الذي يقاس عليها ، فهي نظام مستقل بذاته فيه التكامل ومن الشمول ما لا يمكن أن يرقى إليه أي نظام وضعي .

(٩) إن القانون في كل أمة هو أحد مقاييس حضارتها وتقدمها ، ويقدر ما يتواءم للقانون من أصالة ومن صلاحية لتلبية حاجات الأمة ، يقدر ما تكون طابعه والمخضوع لأحكامه والتزام أو أمره والابتعاد عن نواحيه ...

والقانون في الأمة الإسلامية أصيل أصالة هذه الأمة ذاتها وقد صلح دائماً - عبر قرون طوال - لتلبية حاجات الأمة التنظيمية والتشريعية ، واتسع فقهه اتساعاً لم تبلغ بعضه النظم القانونية قديماً وحديثاً ، وما لجأ إليه المسلمون إلا وجدوا فيه الغناء عن غيره والكفاية عما سواه .

ولقد ساهم قانون الأمة الإسلامية في صنع حضارة لم

ملتوية أزمه التشريع الوضعي أن يقضى على هديها أو بالأحرى على ضلالها ، وبين قيم سماوية ومعايير سامية ليس في مكنته ترسم خطاها ، والقضاء على هداها .

(١٢) إن المشرع الدستوري المصري حين نص في المادة الثانية من دستور ١٩٧١ - بعد تعديلها بجلسة مجلس الشعب المنعقدة في ٣٠ أبريل ١٩٨٠ - على أن « الإسلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية ، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع » لم يكن منشأ حقيقة إجتماعية راسخة ، وإنما جاء كاشفاً لها ، لأن مصر دولة إسلامية عريقة بحكم الواقع ، ومن المجازاة للحق وللمحقيقة وللمنطق والعقلانية أن تكون هناك دولة إسلامية بغير أن تصود فيها أحكام القانون الإسلامي .

وحقيقة فإن المشرع بهذا النص قد استجاب لدعوة العالمين المخلصين في مصر واستجاب لرغبة الجماهير المريضة من أبنائها ، وعندئذ أصبح لزماً دستورياً على السلطات التشريعية جميعها

المترط بها من التشريع ، والقضائية المترط بها تطبيقه ، والتنفيذية المترط بها تنفيذه أن تلتزم بأحكام الشريعة الإسلامية .

(١٣) إن التزام المشرع وواجبه - على وجه الخصوص - هو الاتجاه إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها ، مع إلزامه بعدم الإلتجاء إلى غيرها ، فإذا لم يجد فيها حكماً صريحاً فإن وسائل إستنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية تكفيه - ولا شك - من التوصل إلى الأحكام اللازمة والقى لا تخالف الأصول والمبادئ العامة للشريعة الإسلامية .

* وبعد أن أهرزنا هذه المعطيات ، يحق لنا أن نتساءل ما الذي فعله المشرع المصري ليعيد به هويته الإسلامية التي طال غيابها عنها !!؟

لقد شكلت وزارة العدل ، والأزهر الشريف ، وجمع البحوث الإسلامية ، ووزارة الأوقاف ، والمجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، عديداً من اللجان لتطوير القوانين وفق أحكام الشريعة الإسلامية ، وضمت صفة

مختارة من كبار علماء الشريعة الإسلامية والقانون ورجال القضاء ، ومارست هذه اللجان مهامها ، وبدأت بتقنين الجانب الجنائى من الشريعة الإسلامية فأعدت مشروعات قوانين للحدود والقصاص ، ثم قننت الجوانب المدنية فوضعت مشروعاً للقانون المبنى مستعناً من أحكام الشريعة الفراء ، وأعدت لكل منها مذكرة إيضاحية وقدمت حصيلة أبحاثها إلى مجلس الشعب - بعد أن أقر صياغتها مجلس الدولة - ليتولى مناقشتها وإصدارها .

ولقد كان مأمولاً أن يسرع المشرع بمناقشة هذه المشروعات وإقرارها حتى يستقيم المعرج من القوانين الوضعية على هدى مبادئ الشريعة الفراء ، إلا أنه وإلى اليوم لم يخف خطوة واحدة نحو تعديل نص واحد مخالف للشريعة ، وصار الأمر جدلاً بين أنصار التبرج في التطبيق وبين أنصار التطبيق دفعة واحدة ، وتأجلت المناقشات في المجلس التشريعي من دورة إلى أخرى على إختلاف الأسباب والعلى وتعمرت مشروعات التقنين فلم تر النور حتى الآن .

* إلا أن الأصل الكبير ما زال يحدونا في أن يسرع المشرع الخطى على طريق تقنين أحكام الشريعة الإسلامية الغراء ، وقد بات عليه أن يصوغ أحكامها بلغة وقواعد العصر وأسلوبه دون حيف على الموضوع ودون تفريط في الأهداف والغايات .

ولا بد أيضاً أن يسرع الخطى إلى تطوير تشريعاتنا القائمة بما يتفق مع مبادئ الإسلام الحنيف ، بمراجعتها وتنقيتها عما يتعارض مع هذه المبادئ ، وذلك كله في إطار إلزامه الدستوري بحكم المادة الثانية من الدستور .

* إن تطبيق الشريعة الإسلامية يجب ألا يقتصر على الأنظمة الجنائية ولا على جوانب من القانون المدني ، بل لابد وأن يشمل كل مجالات التشريع ، فالإسلام دين ودنيا ، عبادة وعمل ، عقيدة وشريعة ، نظام ومتنـاج ، وهو ليس فقط حدوداً وقصاصاً أو بهيماً ووديعاً وإيجاراً ، بل هو مجموعة من الأنظمة تحكم مختلف مناحي الحياة والمجتمع ، يتكامل بعضها مع البعض بحيث تكون

سياجاً يكتفل للأمة قوامها ويصون لها قيمها ^(٣) .

أما قضية التدرج في التطبيق ، فنعتقد أن مبدأ التدرج في ذاته لا غبار عليه ، غير أن ثمة فارق بين الحديث عن التدرج بقصد الإرجاء ، وبناء التصوف لمجرد الرغبة في تصفية القضية وإغلاق الملف ، وبين تدرج التطبيق الذي يصحبه الإيمان بمبدأ التطبيق ، مع وضع خطة لذلك تحدد الأولويات ، ومع تحديد مدة معقولة يتم خلالها النفاذ .

والأهم من ذلك كله - حتى لا تتفرق بنا السبل - أن تخلص النيات ، ويعتبر الإيمان ، ويستقر لدى أولى الأمر العزم ، وتزول الشبهات والموانع ، ودور الشعب في ذلك هو دوام المطالبة والتذكـرة « وذكر فإن الذكرى تنفع المؤمنين » ^(٤) .

* أما مجلس القضاء الأعلى فإننا نتصور بيقين أن يكون له دور في تحمل تبعات تطبيق النظام القانوني الإسلامي من خلال مشاركته بقدر كبير وتصيب وأقر في حركة التطوير المأمولة ، يؤهله

لها تفهمه الواعي لحالة الإنفصام بين العقيدة التي يدين بها المصريون وبين ما يحكمهم من تشريعات ويؤهلـه لذلك أيضاً تفهمه الواعي للحريرة الشديدة والقلق المستبد الذي يصيب القاضي حين تتصادم النصوص في الشريعة الإسلامية الغراء ، ولا يملك إزاء ذلك إلا أن يحكم مجبراً على هدى قيم معوجة ومعايير ملتوية ألزمه بها التشريع الرضـي ، تاركا القيم المساوية والمعايير السامية التي ليس في مكتنته أن يترسم خطاها والقضاء على هداها ، وإلا كانت سياط التفتيش القضائي له بالمرصاد .

ومن هنا فإننا نتصور أن على مجلس القضاء الأعلى أن يقول رأياً وأن يتخذ موقفاً من قضية تطبيق الشريعة الإسلامية ، ومهمته في هذا الصدد ينبغي أن تتركز في محور واحد يدور حوله عمل القاضي وفيه ينحو المجلس نحو دراسة التطبيق اليومي والحل العملي لمشكلات الحياة كما تعرض للقضاء .

وبدهي أن القضاء يقوم على تطبيق نوعين من القواعد أولهما موضوعية تحكم كل نزاع على

حده ، وثانيهما إجرائية تحكم عمل المحكمة ذاتها أيما كان نوع النزاع الذي يعرض أمامها

فاما القواعد الموضوعية ، فما كان منها منصوفا عليه في الأصول القطعية الورود والقطعية الدلالة من القرآن الكريم والسنة النبوية ، فليس للقاضي إلا إعماله على موضوع الدعوى في حدود قواعد التفسير المقبولة في النظام القانوني الإسلامي ومالم يكن منصوفا عليه من القواعد الموضوعية في القرآن الكريم أو السنة النبوية فسيبيل القضاء فيه هو سبيل الاجتهاد في ضوء قواعده التي سلمها المجتهدون من علماء الإسلام جيلا إلى جيل .

أما القواعد الإجرائية فهي فيما عدا أمور معدودة منصوفا عليها في القرآن والسنة ، فلا سبيل إلى التوصل لتحقيق غايات النظام القانوني الإسلامي من خلالها إلا الاجتهاد

في اختيار الأصلح بالنسبة للمسلمين من بين ما توصلت إليه قريحة الإنسان أو هدته إليه تجاربه مما يحفظ حقوق المتقاضين ويصون حرية الفرد ويوازن بين مختلف المصالح وتضارب الغايات في المجتمع .

* وأخيرا فإن الضمير العام في مصر مشوق ودائما إلى أن يكون للفكر القانوني المصري ذاتيته الخاصة ، وهو ما لا يمكن أن يكون إلا إذا كان نابعاً من هويته التي لا بد وأن تعود إلى جذوره الضاربة في أعماق التاريخ ، مستلهما الفقه الإسلامي باعتباره تراثاً روحياً خالداً يمثل العنصر الأساسي في تكوين وجدانه .

ونرجو أن يتحقق لشعبنا في أجل جد قريب ما يرنو إليه من عودة إلى الإحتكام إلى شريعة الله الغراء « وما ذلك على الله بعزيز »^(٥) .

وصدق الفاروق عمر بن الخطاب حين قال « إن الله أعزكم بالإسلام ، فهما تطلبوا

العزة بغيره يذلكم الله » ، وصدق الله العظيم إذ يقسول « إن تنصروا الله ينصركم ويثبت أقدامكم »^(٦) و « لينصرن الله من ينصره إن الله لقوى عزيز »^(٧) .

وحين نعود إلى رحاب كتاب الله العزيز سنجد في ضوء هديه المناعة من الضلال والعصاة من الزلل ، وحين نعود إلى رحاب الشريعة الإسلامية الغراء والإلتزام بمبادئ الإسلام والسير على منهجه القويم والأخذ بروحه السمحة ، عندئذ تعود للإسلام عزته ، ولأمتة مجدها المجيد « ذلك خير للذين يريدون وجه الله وأولئك هم المفلحون »^(٨) .

والله نسأل أن يجمع كلمة أمتنا على هدى الله ورسوله لينصلح حالها وتعود إلى سابق مجدها ورفعتها « ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين ولكن المنافقين لا يعلمون »^(٩) حتى يصدق عليها قول الحق تبارك وتعالى « كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله »^(١٠) .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١) أنظر في هذا الموضوع تفصيلا :

- المستشار عثمان حسين عبدالله : تطبيق الشريعة الإسلامية ، مجلة القضاء ، العددان الثالث والرابع ، مارس وأبريل ١٩٨٦ ، ص ٤٠ ، ٤١ .

- المستشار عثمان حسين عبد الله : « في شأن تطبيق الشريعة الإسلامية » بحث مقدم إلى المؤتمر الأول للمدالة ، التراث الثالث الأساسية ، (٧) بحوث لجنة التشريع .

- المستشار جمال المرصاوي : « الشريعة الإسلامية في مصر » ، القاهرة ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٨٠ ، ص ١١٥ - ١٤٨ .

- المستشار جمال المرصاوي : « نحو تطبيق المادة الثانية من الدستور » ، بحث مقدم إلى المؤتمر الأول للمدالة ، التراث الثالث الأساسية (٧) بحوث التشريع .

- الدكتور محمد البهي : « الشريعة والقانون الوضعي في المجتمعات الإسلامية » ، مجلة مصر المعاصرة ، السنة الرابعة والمستقر ، العدد ٣٦٩ ، يوليو ١٩٧٧ ، ص ٤٦٥ - ٤٧٨ .

- الشهيد عبد القادر عودة : الإسلام وأوضاعنا القانونية ، المختار الإسلامي للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، الطبعة الخامسة ، ١٩٧٧ ، ص ٥٤ وما بعدها .

(٢) أنظر : د . محمد سليم الحيا : « القانون ومحاولة وضع إطار إسلامي متكامل للمعرفة المعاصرة » ، مجلة القضاء ، العددان الثالث والرابع ، مارس وأبريل ١٩٨٦ ، ص ٤٥ - ٤٨ و ص ٦٣ .

(٣) أوصى المؤتمر الأول للمدالة الذي عقد بالقاهرة خلال الفترة من ٢٠ - ٢٤ أبريل ١٩٨٦ بالفرصة التالية :

« إحصاء لما تنص عليه المادة الثانية من دستور جمهورية مصر العربية من أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع ، يوصى المؤتمر باتخاذ الخطوات التالية .

١- إصدار مشروعات القوانين مستمدة من الشريعة الإسلامية ومراجعة سائر التشريعات لتتفق أحكامها مع مبادئ الشريعة .

٢- أن يراعى إصدار تلك التشريعات وتنفيذها تهيئة المناخ العام اللازم في مجالات التعليم والتربية والإعلام والثقافة والتكامل الاجتماعي وغيرها من المجالات .

٣- أن تولي كليات الحقوق بالجامعات ومركز الدراسات القضائية ، دراسة الشريعة الإسلامية العناية اللازمة بالقدر الذي يتناسب مع دورها بوصفها المصدر الرئيسي للتشريع » .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

- أنظر : الوثائق الأساسية (٧) وثائق المجلسين الافتتاحية والختامية ، مرجع سابق ، ص ٣٠ .

(٤) سورة الثارات ، الآية رقم ٥٥ .

(٥) سورة البرهم ، الآية رقم ٧٠ .

(٦) سورة محمد ، الآية رقم ٧ .

(٧) سورة الحج ، الآية رقم ٤٠ .

(٨) سورة الروم ، الآية رقم ٣٨ .

(٩) سورة المنافقون ، الآية رقم ٨ .

(١٠) سورة آل عمران ، الآية رقم ١١٠ .

تعهد وتقسيم:

قامت عصابات المافيا بإرتكاب جرائم عديدة بطريقة منظمة ضد القضاء في إيطاليا وضد الإنسانية عموماً . وسوف نعرض لجرائم المافيا ضد القضاء وضد الإنسانية في البنود التالية:

أولاً: عنصر الجرائم المنظمة.

ثانياً: التعريف بمنظمة المافيا.

ثالثاً: الأصل اللغوي لكلمة المافيا .

رابعاً: جرائم المافيا ضد القضاء في إيطاليا (١) .

خامساً: محاكمة زعماء المافيا في إيطاليا (٢) .

سادساً: جريمة القصر التي إرتكبتها المافيا في بريطانيا .

سابعاً: إحصائيات جرائم المافيا .

ثامناً: ضرورة تضافر جهود

الدول لمقاومة الإجرام الدولي المنظم .

أولاً: عنصر الجرائم المنظمة:

يعانى هذا العصر مما يطلق عليه المعتبرون بالجريمة وعلم الإجرام " الجريمة المنظمة وهى تلك التى تقع من جماعة من المجرمة ذات تنظيم خاص ، له رئيس وأعضاء ، وتحكمه أنشطة وتواعد يتفق عليها ويلتزم بها الجميع ، ولا تقع الجريمة إلا بعد تنظيم منبر تحسب كل خطواته ، وتوزع فيه الأدوار والمسئوليات (٣) .

وهناك بعض العصابات ذات شهرة عالمية مثل « الكورازوسترا » و«عصابة» آل كابونى " فى الولايات المتحدة ، ومنظمة " نهباد ستوسيتى " فى هونج كونج ومنظمة " المافيا " فى صقلية وجميعها تقوم على هيكل تنظيمى هرمى ، ويتغنى نشاطها الحدود الإقليمية وتقاوس الكثير

من جرائم الإغتيال للسياسيين والقضاء ورجال الشرطة أو الخارجين على قرارات المنظمة وكان أخطر نشاط " للمافيا " فى السنوات الأخيرة هو تهريب " الهجروين " إلى أمريكا فى تعاملات قدرت بحوالى ١٦٨ مليار دولار (٤) .

ثانياً: التعريف بمنظمة المافيا:

إن : المافيا = Mafia " هى جمعية سرية إرهابية سياسية . بالإضافة لذلك فهى منظمة دولية ، مؤلفة فى المقام الأول من أفراد إستولى على أنفسهم الجشع الحاد الممزوج بفكرة الرأسمالية العالمية ، وفى مقام ثان هم الآلاف المؤلفة من المجرمين المنبوذين من المجتمعات .

أما المهام الرئيسية لهذه الجمعية المنظمة ، فهو الفساد فى العالم بأسره ، وإن مواد الفساد فى عرفهم وقانونهم هو إرتكاب جرائم الخطف والإغتيال

والإحتراز والسرقعة والتزوير والتهرب والدعارة وتجارة المخدرات^(٥) والتعاون مع منظمات الإرهاب فى العالم وغيرها من الجرائم ضد الإنسانية وهى جرائم منظمة تعتبر جزءاً من تاريخ عصابة المافيا فى طول العالم وعرضه^(٦).

وبوجود منظمة عصابة المافيا مع التقدم العلمى والتكنولوجيا وتعقيدات الحياة المدنية الحديثة بشكل عام . يبدو لنا على الفور إن المافيا قد قضت فى قاموسها على لفظ كلمة " الضمير " هذه الكلمة التى صاغها الإنسان عبر الآلاف من السنين للدلالة على تميزه النوعى عن سائر المخلوقات وهكذا فقد بات لفظ " الضمير " فى عرف المافيا تعبيراً غامضاً مهماً لا قيمة له ولا أهمية فى الحياة بشكل عام لذلك الإنسان الذى خلقه الله سبحانه وتعالى وجعله خليفة له فى الأرض ليعمرها ويسكنها ، لتزداد إزدهاراً وعطاء .. إلا أن ذلك الإنسان المتخبط والمزعول عن المجتمعات النظيفة بمحض إرادته ، قد ألقى ما فى جعبته من ذخائر القيم

الأساسية الأولى للأخلاق ، والتى أرسبت قواعدا منذ فجر تاريخ الضمير البشرى ، وتعارف عليها بالنصائح الذهبية التى دعانا إليها الرسل والأنبياء وظلت هذه النصائح الذهبية محافظة على جوهرها كأسس عليها لضرورة التواصل الإنسانى السليم فى الحياة ، إلا أن الإنسان " الكنود ، المجدود " قد ألقى خلف ظهره ما يجب أن يستأثر به من تلك النصائح وباتت الأخلاق تكاد تكون لديه خدعة قديمة لا تنطلى إلا على السليج . فى عالم تتنازع المصالح والمنافع المنفردة بالأنانية وبكل فرد من الأفراد المعزولين عن المجتمع النظيف الذى صب فى فكره تيارات فكرية محدثة لأجله خاصة تدعو لإتعدام الضمير والوجدان الإنسانى وترتكب فى حقه مختلف الجرائم .

وعلى هذا الأساس ، فإن الأحداث اليومية قد تبدو للوهلة الأولى صدمة مؤثرة عنيفة تهز الكيان البشرى بشدة ، وتشير الغضب والإستياء ، إلا أنها أعمق بالمشاهدة من الوصف عند

تأملها يستشف على الفور أن هناك آلاماً من الأحداث هى أشد فظاعة ووحشية ، حدثت ومازالت تحدث بإستمرار حتى يومنا هذا ، ودون أن يتوقف الإنسان عندها كثيراً . بل باتت وكأنها من مألوفات الحياة العصرية فى زمان بات الإنسان فيه أرخص ما فى الوجود^(٧) .

ثالثاً : الأصل اللغوى لكلمة المافيا :

أن لفظ كلمة " مافيا - MAFIA " باللغة الصقيلة الشعبية كانت ترمز إلى الفتنج والدلال والجاذبية لدى الأثنى ، فعبارة الفزول التى يلفظها الشاب الصقلى لمغازلة فتاة ما هى : " مافىوزى ددا مافيا - MAFIA MAFIUSE DDA

أى: كم أنت جذابة ، ذات دلال ، قلبك من الفتنج الكثير.

إلا أن المعنى قد تغير فيما بعد ، ولم يعد لكلمة " مافيا - Mafia " سوى المدلول الإجرامى ، والذى يرتبط بمفهوم التكاتف بين كوسيكات أى مجموعات من العائلات ، يؤلفون جمعية تنظيمية سرية إجرامية .

أما القاموس الصقلي الإيطالي الصادر عن " دار تارينا - Dar Tarina " فهو يعتبر أن لفظ كلمة " مافيا Mafìa " هو لفظ مستحدث يراد به مظهراً من مظاهر الجسارة والتبجح العلني على القانون الأخلاقي ، وهو في الأصل ، مهداً من مبادئ " المافيا Mafìa " الذي يعتمد ضم الخارجين على القانون ليكونوا أداة حديدية تنفيذية يتمكنون من خلالها إستلاب ما يروق لهم تنفيذه . وخاصة السيطرة على مراكز الدولة ومؤسساتها الحيوية .

وبناء على ما تقدم فإن تنظيم عصابة المافيا من خلال الصراعات قد تمكن من إمتلاك القوة والتأثير في جزيرة صقلية . بل كان لهم النفوذ الكامل . ومن جزيرة صقلية إنطلقت في تنظيم عملياتها . ومن ترابطها المتين كان تهديدها وإبتزازها وسطوها وإجرامها . وعلى هذا الأساس كان لإسم " مافيا Mafìa " سياق تاريخي .

أما الجزء - العاشر من " موسوعة العلوم الإجتماعية

وجود منظمة إجرامية عنكبوتية أما الباحثون في هذا المضمار ، فهم يرون أن الإشتقاق اللغوي للفظ كلمة مافيا Mafìa يعود إلى المصطلح التوسكاني القديم ^(٩) ، Mafìa حيث يعنى هذا اللفظ كلمة " بؤس " .

إلا أن البعض من الباحثين يقولون : أن لفظ كلمة " Mafìa " ليست مستخدمة في إيطاليا وإغاها مستخدمة في جزيرة صقلية ^(١٠) ، وأن الإعتبار الأساسى لهذا اللفظ . كان يطلق على أمكنة ما تكثر فيها الكهوف مثل ضواحي تراباني Trapani وهى من أهم مدن صقلية .

ولكن . هناك من طرح تعريف آخر لإشتقاق لفظ كلمة " مافيا - Mafìa " على أنه تنظيم سرى مسلح يقاوم الخارجين عن طوعهم وقانونهم . والمتمردين على سلطانهم . وهم بذلك يقصدون الدولة والشعب فإن قانون الدولة لا يناسب ذلك التنظيم الإرهابى ولا حتى الشعب المتمسك بإهداب الفضيلة والأخلاق .

أما المرة الأولى التى لوحظ فيها هذا المفهوم لكلمة " مافيا Mafìa " فقد كان في النصف الأول من القرن الماضى ، وتحديدأ فى عام ١٨٣٨ م ، حيث ذكرت كلمة " مافيا Mafìa " في تقرير قضائى رسمى صادر عن محكمة " تراباني ^(٨) Trapani ، وقد كان القصد بالتعبير في ذلك الوقت إحدى الجمعيات السرية الإرهابية الخطيرة ، والتى لا تتردد في إستخدام كافة السبل والوسائل لتنفيذ مآربها وأهدافها ، وقيل أن تنتهى كلمة " مافيا Mafìa " إلى هذا المفهوم ، كان مدلولها يرمز في السابق كما ذكرنا آنفاً إلى الفتنج والدلال والجاذبية التى تتمتع بها الأئمة ، ثم إتخذت فيما بعد تعبيراً يرمز إلى أنبل المواقف الإنسانية البطولية ، بل وأكثرها شجاعة من قبل الرجل الصقلى في مواجهة كافة أشكال الهجمات الخارجية التى عرفتها الجزيرة الصقلية عبر تاريخها .

وأخيراً . كما ذكرنا آنفاً فقد تحول مدلول كلمة " مافيا - Mafìa " إلى مفهوم خاص يثبت

الصادرة في الولايات المتحدة الأمريكية نيويورك - عام ١٩٣٣ فنقول في إزدواجية المعنى في لفظ كلمة " مافيا - Mafia " .

المعنى الأول : يراد به سلوك خاص عزيز على قلوب الطبقة الشعبية في صقلية القديمة ولا يزال هذا المعنى متداولاً فيما بين الطبقة الكادحة حتى يومنا هذا .

المعنى الثاني : فهو يعطى مدلولاً لعصابات محلية صغيرة ، استخدمت العنف لتسوية خلافاتها ، أو لفرض هيمنتها على المجتمع والدولة . في نفس الوقت (١١) .

ولقد كانت كل كوسكية - Cosche تعرف بصفة فردية ولها اسم مرافق لللفظ كلمة مافيا Mafia ليميزها عن بقية الكوسكيات - المجموعات - مثل:

١ - المافيا العليا .

٢ - المافيا الوسطى .

٣ - المافيا الدنيا .

٤ - مافيا المدينة .

٥ - مافيا الريف .

٦ - مافيا القبعات .

٧ - مافيا الكنفوف .

ويبين مما تقدم أن منظمة " المافيا Mafia " تملك تسلسلاً هرمياً يتميز في القوة والتأثير والنفسوة والتضافر والترابط المتين .

وفي نهاية القرن الماضي كانت تلك الكوسكيات - المجموعات على اختلاف أسماؤها وتسلسلها الهرمي ، والذي يربط بينها لفظ كلمة " مافيا Mafia " قد أحكمت سيطرتها على مختلف المرافق العامة لبلدة صقلية ، ولم يبق أمام المواطنين بمختلف طوائفهم إلا الإذعان أو الرحيل من بلادهم .

من هنا إنطلقت كوسكيات - مجموعات - " المافيا Mafia - المتضاربة والمتراطة في مواجهة الدولة والقانون والشعب . ولكن . ليس ، وجهاً لوجه بل ضمن خطط جهنمية نفذت بدهاء وحذقة متناهية .

تلك كانت بداية مرحلة جديدة في تاريخ المافيا المنظمة ،

مرحلة تنظيم مترابط ومتين ، عهدت فيها عناصر جديدة شابة تميز عهدها بمزيد من الدموية والإجرام ، كما نظمت ترابطها الهرمي ، والذي اتخذ تسلسلاً عما سبق . فالعائلات المالكة والنافذة قد بقيت على ما هي عليه . إلا إن المافيا بعد ذاتها قد زادت من ضخامة أعمالها . فإزداد معها عدد أعضائها . وتوجب أن يكون لهم نظام جديد وقانون خاص يوثق أعمالهم (١٢) .

وعلى هذا الأساس كان لهم ذلك التسلسل الهرمي الجديد

أ- رئيس لجنة عليا
Le Cmisione

٢ - لجنة عليا مؤلفة من رؤساء لجان وأعضاء .

٣ - لجنة رؤساء اللجان المؤلفة من رؤساء اللجان المؤلفة من رؤساء العائلات المالكة والنافذة .

٤ - رؤساء لجان مؤلفة من رؤساء العائلات المالكة والنافذة .

٥ - لجان مؤلفة من رؤساء العائلات المالكة والنافذة .

٦ - رؤساء عائلات مالكة نافذة .

٧ - عائلات مالكة نافذة .

٨ - عائلات مقرية للعائلات المالكة النافذة .

٩ - أنصار وعاملون لا ينتمون لعائلات المافيا .

إذ أن كل عائلة مالكة حسب نفوذها وميزانيتها . يرد أسمها في اللائحة الأساسية الأولى لمنظمة عصابة " المافيا - Mafia " وما تبقى من العائلات المالكة لدينا فتبقى ضمن فاعليات عادية . أما العائلة المالكة للنفوذ والميزانية فتشكل لجنة خاصة بها من ضمن أفرادها . ولهذه اللجنة رئيس يشعلها . ويجتمع رؤساء اللجان الخاصة للعائلات المالكة . حيث يشكلون لجنة مميزة لها نصاب محدد ، وتدعى Le Comissionne وهذه اللجنة المميزة تعتبر أرفع لجنة في إتخاذ القرارات الهامة ، ويتغير أعضاؤها بحسب تغيير العائلات المالكة والنافذة المطلقة .

أما السبب في التغيير فيرجع إلى ما يأتي :

بأن كل عائلة تطمح لأن تكون عضوة في هذه اللجنة الرفيعة والمميزة ، لذلك تجري بين العائلات منافسات شديدة تصل في كثير من الأحيان إلى التصفيات الدموية الداخلية يعقبها على الفور تصفيات إقتصادية ، حيث تنهار تلك العائلة المالكة إلى المرتبة الأدنى . فتلغى بذلك عضويتها . وتفقد مركزها إلى أن تتاح لها فرصة جديدة للعمل من جديد على إزاحة عائلة أخرى . وهكذا دواليك في التغييرات .

وبالرغم من التصفيات الدموية الداخلية والإقتصادية . فهناك بعض العائلات لا تفقد عضويتها من تلك اللجنة على الإطلاق ، بل تتوارثها باستمرار . ولها من الكلمة النافذة في اللجنة العليا الرفيعة لا مثيل لسواها ومن تلك العائلات . عائلة جريكو Greco وعائلة كوروليوني Corteone فإن مثل تلك العائلة في اللجنة العليا لإتخاذ القرارات تعتبر كلمته نافذة على بقية رؤساء اللجان الأخرى . بل يحدث في بعض الأحيان منافسات شديدة بين

تلك العائلات الكبرى صاحبة الكلمة النافذة في اللجنة العليا الرفيعة حيث تكون المنافسات على منصب الرئيس الأول لتلك اللجنة .

وعلى كل حال . إن لهذه اللجنة سلطة مطلقة لا حد لها على جميع الأنشطة غير المشروعة . والتي تمارسها منظمة عصابة " المافيا Mafia " فهي تفصل بين النزاعات القائمة بين العائلات المالكة النافذة . وهي أيضاً تخطط وتقرر طرق وأساليب الأعمال الإجرامية . وهي التي تحدد الأطر الجغرافية لنشاط كل عائلة . وهي أيضاً التي تقرر مقدار الضرائب المقتطعة من أرباح العائلات المالكة لتضيف ذلك المبلغ المقتطع إلى ميزانية الصندوق الخاص للجنة العليا . وأخيراً هي التي تحدد لكل فرد وعضو وعائلة مهمات العمل من قتل - سرقة - تهريب - تزوير - خطف .. إلخ .

وعلى هذا . فإن البعض يرى أن عصابة المافيا أو هذه المنظمة هي خليط من الأخطاء الشئ تتراكم يوماً بعد يوم . إلا أن

مصرعهم بين عامى ١٩٧٩ و ١٩٨٩ .

وبمرور وقت طويل لم يسقط فيه قتلى من القضاء والمحققين إعتقدت الحكومات الإيطالية المتعاقبة - وهى عادة لا تعمر طويلاً فى السلطة - أنها قطعت خطوة كبيرة فى طريق النصر على عصابات المافيا وإستئصال الجريمة المنظمة فى تلك الجزيرة المضطربة .

الحكومات الإيطالية تعيد حساباتها:

لكن جاء إغتيال ليفانتينو ليدعو المسئولين الإيطاليين إلى إعادة حساباتهم . وتختلف الآراء حول تقييم الحادث الأخير وإن كان معظمها يشير إلى قصور جهود الحكومة فى تعقب المافيا ومطاردة أفرادها لعدم وقوع عمليات ضد المحققين والقضاء لا يعنى بالضرورة إنحسار نفوذ المافيا .

وتقول إحصائيات الشرطة : أن عشرة أشخاص لقوا مصرعهم خلال إشتيكاكات بين أجنحة عصابات المافيا فى نابولى قبل أسبوع من الحادث . كما لقي

مدينة أجريتجتو فى مدينة صقلية معقل تلك العصابات .

وفجأة خرج عليه عدد من الرجال المسلحين يقدر عددهم بستة على الأقل وأسطروا سيارته برابل من نيران مدافعهم الرشاشة وإستطاع المحقق الإقتلات من الكمين وخرج من السيارة بعد إصابة بسيطة فى كتفه وإنطلق يعدو ولكن المسلحين تمكنوا من اللحاق به على بعد مائة متر فقط وأمطروه برابل آخر من الرصاص أجهز على حياته متأثراً بإصابات قاتلة فى الرأس والقدم (١٣) .

تدخل رئيس الجمهورية وقامت الدنيا ولم تقعد فى إيطاليا وإتجه إلى الجزيرة وفقد مكون من الرئيس الإيطالى " فرانشيسكو كوسيجا " ، وزير العدل ، ونائب رئيس الوزراء ، وقائد الشرطة فقد كان ليفانتينو هو أول ضحية من بين أفراد الأسرة القضائية تلقى مصرعها على أيدي عصابات المافيا منذ عامين حيث قتل القاضى أنتونيو سابينو على أيدي عصابات المافيا فى سبتمبر عام ١٩٨٨ ليصل العدد إلى ٧ لقوا

هذه الرؤية تعتبر بشكل ظاهرى فقط ، حيث نجد فى الداخل ترابطاً متيناً وتسلسلاً هرمياً متوازناً ، وقدرات شيطانية إجرامية ، إضافة لذلك فقد شهدت منظمة عصابة " المافيا Mafia " تطورات كبيرة فى الأساليب الإجرامية نظراً لتوفر المكاسب المتاحة لها فى كل مجال . ومن هنا إنطلقت من جزيرة صقلية بعد أن - أحكمت خناقها على كافة الرافق العامة ، والموارد الإقتصادية الهامة . لتدخل فيما بعد ويمتد نفوذها إلى إيطاليا خاصة وإلى دول العالم بشكل عام . فكان لها فى العالم فروع ومراكز قمارس من خلالها أبشع أعمالها الإجرامية المنظمة ، والتى هى جزء من تاريخها الطويل .

رابعاً : جرائم المافيا ضد القضاء فى إيطاليا:

فى شهر أكتوبر سنة ١٩٩٠ كان المحقق الشاب "ليزارولي ليفانتينو" الذى لم يكمل بعد عامه الثامن والثلاثين فى طريق عودته من عمله بسيارته حيث يعمل فى تعقب قضايا عصابات المافيا

٢٠٠ شخص مصرعهم خلال العام الحالى فى هجمات شنتها المافيا فى كالابريا بجنوب إيطاليا . والمنطقتان خاضعتان لنفوذ المافيا مثل صقلية .

= إتهام الحكومة الإيطالية بالتراخي فى حماية القضاة =

كما يتهم الحزب الشيوعى الحكومة بالتراخي فى توفير الحماية للقضاة فقد لقى ليفانتينو مصرعه إنتقاماً من أوامر أصدرها بإعتقال عدد من أفراد الأسر الكبيرة المتورطة فى الجريمة ويعتبر الرئيس كوسيجا بهذا الأمر فيؤكد على ضرورة حماية القضاة وأن يشعر بأنه لا يتصدى لعصابات المافيا وحده .

= إمتناع القضاء عن العمل فى صقلية =

وادمى عجز الحكومة إلى هروب القضاة والمحققين من العمل بالجزيرة وبعد الحادث بأربعة وعشرين ساعة كان من المقرر أن يجتمع مجلس الوزراء لإصدار أمر عاجل ببيع لوزير العدل إجبار المحققين على العمل فى المناطق الخاضعة

لسيطرة المافيا بعد أن تصاعدت الشكوى فى إنخفاض أعدادهم فى تلك المناطق وهى صقلية وكاليجارى ونابولى (١٤) .

كما رفضت وزارة الخزانة قبلها بأيام منح حوافز لمن يقبل العمل فى تلك المناطق بحجة الميزانية .

ويقول فيسينو باريزى قائد الشرطة : أن أجهزة الشرطة سبق وحددت أكثر من ٩٧ ألف شخص كمتهمين بالتورط مع عصابات المافيا - وأدى تأخر إجراءات التقاضى - لقلة القضاء والمحققين - إلى إطلاق سراح ثلاثين ألف منهم والإحتفاظ بـ ٣٧ ألفاً آخرين تحت الإقامة الجبرية فى منازلهم حيث يمكنهم الهروب منها بسهولة .

خامساً : محاكمة زعماء المافيا فى إيطاليا :

تعتبر قضية محاكمة زعماء المافيا فى إيطاليا من أكبر القضايا التى نظرتها المحاكم الإيطالية حيث بلغ عدد المتهمين ٧٠٧ بين زعيم وعضو كما بلغ عدد المعتقلين ٥٨٦ يمثلون أمام القضاء فى محكمة باليرمو .

أما الفارين فقد بلغ عددهم ١٢١ بين زعيم وقائد ، والجرائم المنسوبة إليهم عبارة عن جنح عديدة تقع فى ملف مؤلف من ٢٢ مجلداً ومن ٨٦٣٢ صفحة . تتضمن الملف دراسة حديثة أعدها مركز البحوث الإجتماعية " GENIS " وهو من أبرز مراكز الدراسات والبحوث الإجتماعية فى إيطاليا . وأكثرها رصانة ومصداقية (١٥) .

يؤكد هذا الملف الخطورة الكبرى التى تتمثل فى منظمة عصابة المافيا . فيقول الباحثون : وتعتبر المافيا اليوم من أكبر المنظمات والعصابات فى إيطاليا . ويعمل لحسابها أكثر من ١٥ مليون عضواً . وتقدر ميزانيتها بـ ٥٥٠ ألف مليون دولار .

ويؤكد الباحثون فى المركز المذكور آنفاً ، والذين عملوا مدة سنتين لإعداد هذه الدراسة بالتعاون مع ١٥٠ خبيراً وأخصائياً ، إن الأرقام التى ذكرت فى هذا المقال ليست دقيقة جداً . إنما هى أرقام تقريبية ومع ذلك فهى أدنى من الرقم الحقيقى .

بها أعضاء منظمة عصابة المافيا . فهي دقيقة وصارمة ، ويفترض أن يكون المرشح شجاعاً قاسياً . وأن يكون وضعه العائلي والاجتماعي شفافاً غير غامض وأن يكون غير مرتبط مع رجال الأمن بأية صورة كانت . وعندما يتم ترشيحه عضواً رئيسياً يقتاده بعض الأعضاء إلى مكان سرى مظلم ، حيث يؤدي أمامهم القسم الرئيسي فيتناول بيده رسماً مقدساً يلمطه بقطرات من دمه بعد أن يحدث جرحاً صغيراً في يده . ثم يوقد النار في ذلك الرسم المقدس ، ويبدأ بتقليبه من يد إلى أخرى حتى يتم إحتراقه وأخيراً يرده القسم التالي :

"Le mie Carni debbobo Buciare come gesta Santina se non matcaro Fede Alziubamento ."

أي : فليحترق لحمي كهذا الرسم المقدس إن أنا نكثت هذا القسم .

وقد ترتب على الإحتطاط الذي أصاب منظمة عصابة المافيا في الفترات الأخيرة جعلها تتخلى عن بعض الشروط

المافيا . طالما أن الذين في أيديهم القدرة على ذلك ليست لديهم الرغبة بعد في القضاء عليها .

أما الجزء الأكثر تشويقاً في الملف الضخم لمحاكمة المافيا . فقد يكون تلك التفسيرات عن غموض البنية الداخلية لمنظمة عصابة المافيا . " ومدونة الشرف " التي يفرض على الأعضاء سلوكها فقد بين هذا الجزء للقضاة ما يلي :

" إن الخلية الأساسية مكونة من تلك العائلات المافيووية المتراصة بشكل هرمي ومتين وهي عادة تسيطر على منطقة أو حي أو مدينة ذلك حسب قوة نفوذها ، وتتكون هذه الخلية من رجال شرف متتخبين من أوساط العائلات النافذة ويتولى التنسيق بين كل عشرة من رجال الشرف منسق خاص يدعى "Capodecina" وتخضع الخلية لسلطة رئيس يدعى "Capo" يعين بالانتخاب يعاونه مستشار خاص يدعى "Vicecapo" إضافة إلى وجود مساعد على هيئة السكرتير .

أما القواعد التي يتعامل

والخطورة الكبرى ليست كامنة في النشاطات غير المشروعة . والتي تمسبت في كثير من الأحيان بالخرج الشديد للدول . إنما الخطورة الأساسية تقع في الإجرام المنظم الذي يبدأ بالإغتيال والخطط والسرقة .

لا شك في أن الهاجس الأكبر يتمثل في عدم نسج الخيوط العنكبوتية بشكل تام حول مقدرات الدولة ومؤسساتها الحيوية بشكل عام .

يقول الرئيس السابق السيد " ساندرو برتينى " .

إن السبيل الوحيد لضرب منظمة المافيا . هو التسلل إلى بنيتها . وإستخدام نفس الأسلوب الذي لطالما إستخدمته هي لتحقيق أهدافها ومآربها .

أما السيد " ليونارد سيانثا" وهو كاتب متخصص عن منظمة عصابة المافيا . ويقطن في مدينة باليرمو . يقول عن المحاكمة :

" إن أهمية المحاكمة سوف تكون نفسية فقط . إلا أنها لن تساعد كثيراً في القضاء على

ومصرعة وميض البرق بدأ العد التنازلى ومعه المسلسل الإجرامى ، وجل قضاء إقترب من أحد حراس الشركة وضربه بعقب مسنده على رأسه . رجل قضاء أخر نزع ثياب الحارس بينما الأول أخذ يصب مادة البنزين فوق جسده العارى ، وإرتعد الحراس من هذا الموقف المذهل ، وليستقيموا ليجنوا رجال القضاء جائعين أرضاً وموجهين أسلحتهم إلى الحراس . وهم يطلون الحروف السرية لفتح أقفال الخزانة المحصنة ، والتي هى مخططة مؤقتة للبضائع الثمينة قبل نقلها إلى مطار " هيثرو " ليتم شحنها إلى جهات مختلفة من بقاع الأرض .

كان الحارس شسبه العارى لا يسمع إلا تهديداً " إعتزف قبل أن تحرق حياً " فلم ينتظر المزيد من التوضيح والتهديد .

خلال دقائق من الزمن كان رجال القضاء يقادرون المستودع ، وهم ينقلون ٧٦ صندوقاً وتحترق على ٥٧٠ رطلاً إنكليزياً من سبائك الذهب ، إضافة إلى صندوقين يحترق كل منهما من

دوريات الشرطة التى تقوم بمهمتها الروتينية بتفقد أبواب المستودعات الخاصة بشركات الشحن والتي لا تبعد عن مطار " هيثرو الدولى " أكثر من ميل واحد فقط .

وفى مستودع شركة "برنكس" لم يكن هناك أى شئ غير مألوف . فالأمور طبيعية وعلسات الشركات العلنية والسريّة تنقل على شاشات التلفزيون إلى الرجال الستة القابعين فى داخل غرفة الأمن صور المستودع والشوارع المحيطة به ، وكذلك المرات فى داخله والأبواب والمداخل للشركة مزودة بأجهزة إنذار ذات كفاءة عالية يكفى إنطلاق صفيرها إلى إستنفار المركز الرئيسى للمباحث الجنائية "سكوتلند يارد" فتكون على أهبة الإستعداد (١٧) وقد حدث ما لم يكن فى الحسبان فقد فوجئ الرجال الستة بعدد من " رجال القضاء " فى داخل الغرفة الخاصة بهم . كيف تم ذلك ؟ وما هى الوسيلة لا أحد يدري !! كان رجال القضاء مسلحين بالمسدسات الكاسحة للصوت !!

والقواعد وذلك تسهيلاً منها لإنتصاف المزيد من الأعضاء الجدد . وبذلك فقد إنتهت محاكمة أعضاء منظمة عصابة المافيا فى باليرمو . بعد أن أصدر القضاء عقوبات مختلفة فى حق المتهمين تراوحت ما بين السجن لمدة سنة والسجن المؤبد (١٨) .

سادساً : جريمة العصر التى إرتكبتها المافيا فى بريطانيا

سوف تعرض فيما يلى لنموذج واحد من جرائم المافيا فى بريطانيا :

إن منظمة عصابة المافيا تجدها فى كل مكان . إيطاليا - ألمانيا الغربية - الولايات المتحدة الأمريكية - فرنسا - السويد - فى دول العالم بأسره .

ففى لندن عاصمة أشهر جهاز أمن جنائى فى العالم " سكوتلند يارد " ففى الساعة السادسة من صباح يوم السبت ٢٣ يناير عام ١٩٨٥ كانت المنطقة الصناعية فى ضاحية " هيثرو " فى لندن تغرق مع ضباب الفجر ، وقطرات خفيفة من المطر وكانت الشوارع خالية تماماً . إلا من وقع أقسام

الهامة والرئيسية لمنظمة عصابة المافيا حيث يعود ذلك النشاط بأرباح صاقية تقدر بحوالى خمسين ألف مليون دولار سنوياً أما عدد العاملين فى هذا الضمار ليعتبر ما بين ٢٥ إلى ٣٠ ألف عضو ، وذلك ضمن ترتيب تصاعدى :

من ١٥ إلى ٢٠ ألف عضو يتولون مهام التوزيع .

من ٧ إلى ٨ آلاف عضو يتولون مهام النقل والتسليم .

من ٣ إلى ٢ ألف عضو هم من كبار المستولين .

٤- تجارة الجنس :
إن تجارة الجنس « الدعارة » فى العالم تدر أرباحاً تقدر بحوالى ٣٠ إلى ٣٥ ألف مليون دولار سنوياً . ويشرف عليها بالقيادة حوالى ١٠ آلاف قواد و ٨٠ ألف مومس موزعين فى أقطار العالم . إضافة لذلك تصوير الأفلام الخليعة والجنسية المبتذلة ، والتي تدر أرباحاً هائلة قدرت بحوالى ٥٠ إلى ٧٥ ألف مليون دولار سنوياً يشرف عليها ما بين المئتين

خيالية ، إلا أنها الحقيقة التي لا ريبه فيها ولا شك .

١- الابتزاز والتخديد والإغتيال :
هو مجال تتدخل فيه منظمة عصابة المافيا بصورة رئيسية ومباشرة أكثر من أى مجال آخر وتتعاون فيه مع كافة عصابات الإرهاب فى العالم ليوفر لها أرباحاً قدرت بحوالى خمسين ألف مليون دولار سنوياً . أما عدد العاملين فى هذا النشاط فهتقدر بحوالى ١٧٥ ألف عضو .

٢- تجارة الأسلحة :
إن هذا النشاط يعتبر من الأنشطة شبه الصعبة ، حيث يبلغ حجم العمليات السنوية لبيع وتجارة الأسلحة بطريقة التهريب واقع من ١٠ إلى ١٢ عملية سنوياً . تدر أرباحاً محدود ٧ إلى ١٢ ألف مليون دولار ويبلغ عدد العاملين فى هذا المجال حوالى ٢٠ ألف عضو .

٣- تهريب وتجارة المخدرات :
إن تجارة المخدرات بكافة أصنافها تعتبر من الأعمال

الماس الحام والمصقول وزيادة على ذلك عشرة ملايين دولار نقداً . حيث وصلت حصيلة هذه الفرصة القضائية المافوية الأولى من نوعها إلى مبلغ ٦٧ مليوناً و ٦٦٠ ألف دولار .

فى الخارج كانت سيارة نقل تنتظر الرجال فى الداخل ، كان الحراس الستة مقبضى الأيدي . ينظرون إلى زميلهم والدعاء تنبذ من رأسه ، وهم لا حول لهم ولا قوة .

بعد حوالى ٦٠ دقيقة . نجح أحد الحراس من التخلص من قيوده ، وعلى أثر ذلك نهضت العاصمة البريطانية على صوت إذاعة " أى . بى . سى " وهى تعلن عن " سرقة العصر المائوية وقررت عاصمة الضباب فى غيظ مكثوم ، لأن أبها من المواطنين لم يكن يستطيع الحصول على التفاصيل من الصحف اليومية .

إحصائيات جرائم المافيا : (١٨)
من الممكن ترتيب أنشطة منظمة عصابة المافيا ، وذلك حسب حجمها بالأرقام . والتي قد تبدو للوهلة الأولى أرقاماً

١٠- أنشطة متنوعة :

هناك من الأنشطة المتنوعة التي تقوم بها منظمة عصابة المافيا . مثل : تهريب الدم . ترويج إشاعات ، تهريب أطفال - السيطرة على الموارد الاقتصادية في بعض القطاعات في العالم - تجارة الأدوية . إلخ . كل ذلك يعود بأرباح خيالية قدرت بحوالي ٨٠ ألف مليون دولار سنوياً ، ويعمل في هذه النشاطات المختلفة حوالى ١٥٠ ألف عضو . (١٩)

ثانياً ، ضرورة تضافر جهود الدول لمقاومة الإجرام الدولي المنظم .

ينبغي على دول العالم بأسره أن تتعاون من أجل القضاء على عصابات الإجرام الدولي المنظم وتطوير مهمة منظمة الأنتربول لتتشمش . شح هذا الإنجاء في سبيل مقاومة عصابات الإجرام الدولي المنظم (٢٠) .

تهريب الآثار التاريخية في دول العالم كل ذلك يتم ضمن دراسات يديرها حوالى ١٠ آلاف عضو وتعود بأرباح قدرت بحوالى ٣٠ ألف مليون دولار سنوياً .

٨- تهريب وتزوير العملات :

تعود هذه النشاطات على منظمة عصابة المافيا بأرباح خيالية لا تصنق إذ أن المبلغ الإجمالي يقدر بحوالى ٦٠ ألف مليون دولار سنوياً ، ويعمل في هذا القطاع حوالى ١٥ ألف عضو .

٩- اندية القمار واللعو :

إن الأندية الخاصة لعصابة المافيا لممارسة لعب القمار . تدّر أرباحاً حوالى ٤٥ ألف مليون دولار سنوياً . ويعمل في قطاعها حوالى ١٠ إلى ١٢ ألف عضو ، وتعتبر من الأنشطة الأكثر إزدهاراً .

والمصورين والمخرجين والعمال العاديين حوالى ٣٠ ألف شخص .

٥- التهريب بشكل عام :

إن تهريب البضائع والسلع الإستهلاكية من الأعمال الهامة أيضاً لدى منظمة عصابة المافيا حيث تدّر أرباحاً سنوية بحدود ٢٧ إلى ٣٠ ألف مليون دولار سنوياً . ويبلغ عدد العاملين في هذا المجال حوالى ١٥ ألف شخص غالبيتهم من الشباب والشابات .

٦- السطو والسرقة :

يعمل في هذا المجال حوالى ١٥ إلى ٢٠ ألف عضو منظم في عصابة المافيا وتعود بأرباح قدرت بحوالى ٤٠ إلى ٤٥ ألف مليون دولار سنوياً .

٧- تهريب الأعمال الفنية وتزويرها :

إن تهريب الأعمال الفنية العالمية وتزويرها بالإضافة إلى

دعاء ..

اللهم اغننى بالعلم ، وزيننى بالحلم ، وجملنى بالعبادة ، واكهننى بالتقوى .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١) قرر لنا ثلاثة من القضاء الإيطاليين الذين تقابلنا معهم مقدار الحروف الذي يصيب القضاء من جراء ارتكاب هذه الجرائم ضد زملائهم .

(٢) يسود بين قضاة العالم المتحضر شعور واحد نحو الجريمة والمجرمين ونحو إستقلال القضاء وسمو رسالة القاضي وضرورة تأمين حياته وبلغ مستوى معيشته وقد عبر ذلك في حديث إلينا السيد المستشار " جاكالوني " رئيس محكمة ميلانو في مارس ١٩٩٠ م .

(٣) أنظر لنا في هذا الشأن كتاب التحقيق الجنائي الفني والبحث الجنائي - الناشر المكتب الجامعي الحديث بالأسكندرية .

(٤) ومن الجرائم المنظمة التي وقعت في نوفمبر ١٩٩٠ ضواحي الناصرة إلى حادث سرقة ١٧٧ مليون جنيه من سيارة تابعة لأحد البنوك بحرفة عصابة منظمة بالخطيط لهذا الموضوع وانتحال صفة رجال البوليس أثناء السرقة .

(٥) أنظر لنا في هذا الشأن : التجرم والعقاب في قوانين المغدرات . الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية .

(٦) أنظر لنا في أساليب ارتكاب الجرائم المختلفة وطرق البحث فيها كتابنا " التحقيق الجنائي الفني " ص ٣٠٠ وما بعدها . الناشر المكتب الجامعي بالأسكندرية .

(٧) أنظر المأثبات : إعداد لجنة التأليف والترجمة - دار الفيلص ١٩٨٧ .

(٨) تراباني TRAPANI هي : دربانهم القديمة . حرفاً في شمال غربى صقلية بإيطاليا .

(٩) توسكاني : لغة ومصطلحات تعود إلى توسكانا TOSCANA مقاطعة في إيطاليا الوسطى قاعدتها فلورنسا وهي أتروريا القديمة . نشأت فيها دوقية كبرى حكمتها أسرة مدينتشر من عام ١٥٦٩ وحتى عام ١٧٣٨ أخضعت إلى النمسا ثم ضمت إلى الدولة إيطاليا .

(١٠) صقلية SICILLA : هي جزيرة إيطالية في البحر المتوسط . قاعدتها " باليرمو " أهم مدنها كاتانيا - بيسنا - تراباني . إستعمرها الفينيقيون واليونانيون . وأسسوا فيها المدن التجارية الزاهرة غزاها زيادة الله الأغلب سنة ٧٢٧ فيها آثار عربية عديدة . أما الصقليتان DEUXSICILES فهو إسم ملكة تشمل لادنابولي وجزيرة صقلية : أنظر المأثبات . المرجع السابق ١٤ .

(١١) الباحثين في تاريخ المجتمعات البشرية يقولون في البداية كانت العائلات النافذة في المناطق الصقلية تنظم في مجموعات ، وتعرف كل مجموعة بإسم " كوسكية " Cosche وإن كل " كوسكية Cosche مكونة من عشرين فرداً ، يتمتعون بنظام



هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

داخلى خاص يعملون به ، ويتبعون بأنظمة وإن لهذه الكوسكية - المجموعة تسلسلا هرميا ، بدءا من رئيس الكوسكية ، وإنتهاء بالفرد العادى ، وإن كل كوسكية مسئولة عن قط تصرفها ، وعن نوعية نشاطها وطرق تحالفها وتعاملها مع بقية الكوسكيات " المجموعات " والتي على عبارة عن مجموعة واحدة ملتزمة متضامنة متضامنة ، لها كيان واحد وعنف واحد ، ضد السلطات وضد كل من يخالفها " أنظر " المافيا " المرجع السابق ١٩ .

(١٧) أنظر بشأن المافيا المراجع الآتية :-

1- LA MAFIA . G. ALONGK .

2- LA MAFIA IN SICILIA . N. COLAJANNI .

3- LA MAFIA .E.I. JAFIOSI.G. LOSCHIAVO .

(١٣) إستحدثت قانون الإجراءات الجنائية الإيطالى الجديد الصادر فى ١٩٨٩ ثورة فى غير الإجراءات الجنائية إذ كفل للمتهم ضمانات كثيرة فى التحقيق والإحالة .

(١٤) أنظر لنا فى شرح جريمة الإمتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية وجريمة إمتناع القضاء عن الحكم فى المعارى كتابنا " جرائم الإمتناع فى قانون العقوبات " الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٠ م .

(١٥) فى حديث مع أحد المستشارين الإيطاليين الذين إشتراكوا فى هذه المحاكمة وصف لنا مقدار الهلع الذى كانت تعانيه هيئة المحكمة وحجم إحتياجات الأمن التى أخذت للمعاينة على أرواح القضاء فى إيطاليا .

(١٦) أنظر " المافيا " المرجع السابق ٥٤ وما بعدها .

(١٧) أنظر فى أصول التحقيق الجنائى العملى كتابنا " التحقيق الجنائى " العملى فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى " توزيع دار النهضة العربية بالقاهرة .

(١٨) إحصاء عام ١٩٧٠ م ، أنظر . المافيا فى صقلية . د . كولاجيني .

LE MAFIA . IN . CICALA - N. COLAJANNI .

(١٩) إن هذا الإحصاء تم علم ١٩٧٠ وإن الأرقام المذكورة أنفا هى أرباح صافية لمنظمة عصابة المافيا . أى للعائلات المعصرة فى اللجنة العليا الرفيعة . أما العاملون والأخصار فأجورهم وأرباحهم مقطوعة من المبالغ المذكورة فى هذه الإحصائية . أنظر " المافيا " المرجع السابق ص ٣٥ .

(٢٠) أنظر لنا فى الرقابة من الجرائم المختلطة " كتابنا " التحقيق الجنائى الذى والبحث الجنائى " ص ٣١٠ وما بعدها .

مجال رقابة محكمة النقض على تقدير توافر الإرتباط بين الجرائم في ظل نظرية العقوبة المبررة

السيد الدكتور

مجدي محمود محب حافظ

الخاص ، هما التعدد المعنوي
والتعدد المادي .

وحيث أن تعدد الجرائم سواء
كان مادياً أو معنوياً يشير
التباساً ظاهرياً مع حالة التعدد
الظاهري للنصوص الجنائية ،
ونظراً لأن المشرع لم يحدد في
المادة ٣٢ عقوبات ما هو
المقصود بالإرتباط بين الجرائم ،
لذلك فقد وجب تحديد ماهية
الإرتباط الذي قصده المشرع ،
ومدى سلطة المحكمة في تقدير
قيام الإرتباط بين الجرائم ،
ومجال رقابة محكمة النقض
على محكمة الموضوع في هذا
الشأن .

ولذلك فإننا سوف نتناول هذا
الموضوع على النحو التالي :

**المبحث الأول : أنواع تعدد
الجرائم .**

**المبحث الثاني : مدى سلطة
محكمة النقض في الرقابة على**

الجنائية المصرية صوب تعدد
العقوبات بقدر عدد الجرائم
كقاعدة أصلية ، مع وضع بعض
القيود التي تحد من نطاق تعدد
العقوبات وآثاره .

وأهم القيود التي ترد على
قاعدة تعدد العقوبات ما نصت
عليه المادة ٣٢ عقوبات من
المدونة العقابية المصرية ، إذ
نصت على أنه « إذا كون
الفعل الواحد جرائم متعددة
وجب إعتبار الجريمة التي
عقوبتها أشد وأحكم بعقوبتها
دون غيرها .

وإذا وقعت عدة جرائم لغرض
واحد وكانت مرتبطة ببعضها
بحيث لا تقبل التجزئة وجب
إعتبارها كلها جريمة واحدة
وأحكم بالعقوبة المقررة لأشد
تلك الجرائم . ومفاد نص المادة
٣٢ من المدونة العقابية المصرية
أنه يجب التمييز بين نوعين من
تعدد الجرائم لكل منهما حكمه

أن المشكلة التي يثيرها تعدد
الجرائم "Concours infraction"
تدور حول العقوبة التي يجب أن
توقع على مرتكب الجرائم
المتعددة . أمى عقوبة واحدة أم
من أجل إحداها ؟؟ ، أم عقوبات
متعددة بقدر عددها ؟؟ (١) .

وقد كان القانون الروماني
يطبق قاعدة قانونية مؤداها أنه
يجب معاقبة المجرم عن كل
جريمة من الجرائم المتعددة التي
قارفها ، وذلك لأن إضافة الجرم
الى جرم آخر لا ينقص من
العقوبة شيئاً .

إلا أنه بعد بزوغ فجر الثورة
الفرنسية اتجه التشريع الفرنسي
صوب قاعدة مؤداها عدم تعدد
العقوبات رغم تعدد الجرائم
فنص على هذه القاعدة في المادة
٤٠ من قانون ٢٥ سبتمبر
١٧٩١ ضمن نصوص مدونة
الإجراءات الجنائية الفرنسية (٢) .

وقد إتجهت مدونة الإجراءات

٦٢ منه ، والتشريع السويسري في المادة ٦٨ منه إلى تشديد العقاب في حالة التعدد المعنوي .

بينما اتجه التشريع المصري في المادة ١/٣٢ منه ، وشايعه في ذلك التشريع الألماني في المادة ٧٣ منه ^(٥) ، وما استقر عليه القضاء الفرنسي - حيث لا يوجد نص في التشريع الفرنسي بشأن حالة التعدد المعنوي - إلى الأخذ بمبدأ تطبيق عقوبة واحدة وهي عقوبة الجريمة الأشد ^(٦) .

المطلب الثاني

التعدد المادي للجرائم

- تعريف التعدد المادي للجرائم :

يعرف التعدد المادي " Concours reel " بأن ارتكاب الجاني لعدة وقائع إجرامية ، تشكل كل منها جريمة معاقب عليها قانونا . ^(٧) ويتميز التعدد المادي باستقلال كل واقعة عن الوقائع الأخرى من العناصر المكونة لها ، ولذلك فانه لا يشترط أن تكون الجرائم

في النهاية إلا لنص واحد ، فإنه لا تتصور من الناحية الواقعية مشكلة ، إذ لا تقوم إلا جريمة واحدة .

- صور التعدد المعنوي للجرائم :

الصورة الأولى : وهي ما يمكن أن يطلق عليه التعدد المعنوي المتجانس ويضم حالة ارتكاب الجاني لفعل واحد ترتب عليه نتائج متعددة متجانسة . وذلك كما لو قتل شخص عدة اشخاص بقتلة واحدة .

والصورة الثانية : حالة ارتكاب فعل واحد ترتب عليه نتائج متعددة متنوعة ، وذلك كمن يضع النار عمداً في مكان فيقتل بعض من به ، ويجرح البعض الآخر ، ويتلف بعض محتوياته .

- حكم التعدد المعنوي :
اختلفت التشريعات العقابية في شأن معالجة التعدد المعنوي ، فلهجت الطائفة الأولى من التشريعات ومنها التشريع الايطالي في المادة ٨١ منه ، والتشريع النرويجي في المادة

تقدير قيام الارتباط بين الجرائم .

المبحث الثالث : تقلص دور محكمة النقض في الرقابة على محكمة الموضوع كأثر للأخذ بنظرية العقوبة المبررة .

المبحث الاول

انواع تعدد الجرائم

المطلب الاول

التعدد المعنوي

- تعريف التعدد المعنوي للجرائم : يعرف التعدد المعنوي " Concours ideal " بأنه ارتكاب الجاني لواقعة إجرامية واحدة تكون جرائم متعددة . ويؤدي تعدد الجرائم إلى تعدد الأوصاف القانونية بقدر علل الجرائم المرتكبة ^(٨) . ويقسوم التعدد المعنوي على عنصرين ، وحدة الفعل وتعدد الأوصاف . ويرجع سبب تعدد الأوصاف القانونية إلى التداخل بين الأفعال الإجرامية بسبب وجود عناصر مشتركة فيما بين بعض الجرائم وبعضها الآخر ^(٩) .

وإذا كان أحد هذه الأوصاف الإجرامية يستبعد سائر الأوصاف الأخرى بحيث لا يخضع الفعل

المرتكبة في حالة التعدد المادى متعاقبة ، فيمكن ان تقع فى وقت واحد أم تقع فى أوقات مختلفة^(٨) .

ـ صور التعدد المادى للجرائم :

لا يمثل هذا النوع من التعدد صعوبة ما فى تحديد صورة ، إذ أنه يمثل تعدداً واضحاً للجرائم . ومظهر ذلك القيام بأفعال مختلفة لتحقيق غايات مختلفة ، وتتعدد النتائج الإجرامية التى يعاقب عليها القانون الجنائى .

وعلى سبيل المثال فمن يضرب آخر ثم يسرق منزلاً ، ويحرق مزروعات آخر فى اليوم التالى ولم يتم الحكم عليه فى أى من هذه الجرائم ، يكون فى حالة تعدد مادى للجرائم .

ـ حكم التعدد المادى : أخذ المشرع المصرى مبدأ تعدد العقوبات فى المادة ٣٢ عقوبات كقاعدة أصلية . إلا أنه مع التسليم بهذا المبدأ فإن المشرع المصرى قد أورد عليه عدة قيود ، أهمها هو ما نصت عليه المادة ٣٢/٢ عقوبات وهى « أنه إذا وقعت عدة جرائم لغرض واحد وكانت مرتبطة بعضها ببعض

بحيث لا تقبل التجربة ، فإنه يجب إعتبارها كلها جريمة واحدة والحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم » .

ويأخذ التشريع الإيطالى بصفة أساسية مبدأ تعدد العقوبات ، أما التشريع الفرنسى فإنه يأخذ بمبدأ جب العقوبات بصفة أساسية وإن كان يتبع استثناء نظام تعدد العقوبات فى حالات معينة^(٩) ويأخذ التشريع البلجيكى بنظام مختلط يجمع بين جب العقوبات والتشديد فى حالة الجنائيات .

المطلب الثالث

التعدد الظاهرى للنصوص الجنائية

ـ تعريف التعدد الظاهرى

للتصوص الجنائية : هو واقعة إجرامية واحدة تتنازع عدة نصوص جنائية حول التطبيق عليها وذلك لأن كل منها لها علاقة ما بالواقعة الاجرامية أو جزءاً من عناصرها .

والحقيقة أن التعدد الظاهرى يقوم على وجود سلوك إجرامى واحد ، ومصلحة واحدة أو مال

قانونى واحد معتدى عليه أو تعرض للخطرس ، ومن ثم فإنه لا يوجد سوى جريمة واحدة^(١٠) .

ـ صور التعدد الظاهرى

للتصوص الجنائية : ان التنازع الظاهرى للتصوص ليس تنازعاً حقيقياً كما هو الشأن فى حالة التعدد المعنوى للجرائم . فمن يرتكب جريمة استيلاء على مال الدولة برصنه موطفاً ، فإنه يحقق الواقعة المجرمة أيضاً بنصوص السرقة ، ولذلك فإننا نجد فى هذه الحالة أن الفعل الواحد يندرج تحت أكثر من نص تجرمى .

والفرق الأساسى بين التعدد الظاهرى للتصوص الجنائية والتعدد المعنوى ، أنه فى حالة التعدد الأولى تكون بصدد جريمة واحدة يمكن أن يطبق عليها أكثر من نص ، بينما فى الحالة الثانية تكون بصدد جريمتين ينطبق عليهما فعلاً أكثر من نص تجرمى .^(١١)

ولذلك فإنه فى حالة التنازع الظاهرى تشور مشكلة إختيار النص الواجب التطبيق بين النصوص المتنازعة ، بينما فى

فيه تعديلاً ما . ذلك أن وظيفة محكمة النقض تفرض عليها أن تسلم بالوقائع التي اثبتها الحكم المطعون فيه ، وتفترض صحتها المطلقة ، وترفض كل محاولة من احد الخصوم لاقحامها في أي بحث موضوعي . (١٦)

ويقصد بالوقائع الأحداث ، أي كل ما حصل ، وكان له كيان ذاتي ، وصار بذلك منتبهاً إلى الماضي . ويستوى في ذلك أن يكون للواقعة كيان مادي ملموس ، أو أن تكون محض ظاهرة نفسية (١٧)

ويجب أن يلتزم القاضي بأن يبنى اقتناعه على عملية عقلية منطقية تقوم على الاستقراء والاستنباط الذي ينتهي في ختامها إلى نتيجة محددة . وتتم عملية تحييص الأدلة للتحقق من صدقها باستقراء العناصر الواقعية التي استقرت في عقيدة المحكمة ثم تستنبط منها الصور النهائية لواقعة الدعوى ، ثم يقسم القاضي باستنباط نتيجة معينة يخلص إليها من نتائج وقائع الدعوى .

وتقدير توافر الارتباط

ويقصد به أن الخاص يقيد العام ويستبعد تطبيقه (١٨)

ويرى جانب من الفقه المصري وبحق أن الحلول المتقدمة لا تخرج عن معيار واحد وهو أن النص الخاص يقيد في التطبيق النص العام ويستبعد (١٩) وعلى سبيل المثال فإن واقعة القتل المنصوص عليها بالمادة ٢٣٤ عقوبات تشمل الواقعة المنصوص عليها بالمادة ٢٤٢ عقوبات والخاصة بالضرب أو الجرح وتضيف إليها عنصراً مميزاً وهو النتيجة المثلة في ازهاق الروح .

المبحث الثاني

مدى سلطة محكمة النقض في الرقابة على تقدير قيام الارتباط بين الجرائم

المطلب الأول

دور محكمة الموضوع في تقدير قيام الارتباط بين الجرائم

يستأثر قاضي الموضوع بالفصل في وقائع الدعوى ، وبعد قضاء محكمة الموضوع على هذا النحو نهائياً ، فلا يحق لمحكمة النقض أن تناقش قضاها في هذا الشأن ، أو تنسب اليه خطأ ما ، أو تحجى

التعدد المعنوي تتعدد القواعد التجريبية وتكون كلها واجبة التطبيق فعلاً رغم وحدة السلوك الإجرامى .

حكم التعدد الظاهري للنصوص الجنائية :

إنجده الفقه الى الإستعانة بثلاثة حلول لمشكلة التعدد الظاهري للنصوص الجنائية ، فذهب جانب من الفقه صوب الأخذ بمعيار « الاستيعاب » ويقصد به حالة تطبيق النص الذي يشمل الى جانب الواقعة المنصوص عليها الواقعة الأخرى الواردة بالنص الآخر بإعتبارها مكونه لدرجة اقل جسامه فى الاعتناء على المصلحة المحمية ، وبأعتبارها مستوعبة للنص الآخر (٢٠)

وإنجده جانب آخر من الفقه صوب الأخذ بمعيار « الاحتياطية » ويقصد به أن النص الإحتياطى لا يطبق حيث يمكن إعمال النص الأصلي والذي يمثل حماية أكثر فاعلية للمصلحة القانونية الواحدة (٢١)

وإنجده فريق ثالث من الفقه صوب الأخذ بمعيار « المحصورة »

النصوص عليه في المادة ٣٢ عقوبات بفقرتها ، أمر يدخل في سلطة قاضي الموضوع بالمعنى السالف بيانه ، ولذلك فان له الحق في تقدير قيام الارتباط من عدمه استناداً إلى الأسباب التي من شأنها أن تؤدي إلى ما إنتهى إليه (١٨) .

والأصل في تعدد الجرائم الذي يستوجب تطبيق المادة ١/٣٢ عقوبات هو أن تكون هذه الجرائم قد ارتكبت دون أن يحكم في أية واحدة منها (١٩) ويعني آخر فإنه يشترط أن يكون في حالة اتصال المحكمة بالدعوى الثانية ، وأن تكون مطروحة أمامها مع الدعوى الحالية (٢٠) .

ويجب على المحكمة في حالة تطبيق عقوبة الجريمة الأشد وحدها أن تشير إلى أن الحالة المعروضة أمامها قتل حاله تعدد مادي مع الارتباط الذي لا يقبل التجزئة أو انها حالة تعدد أوصاف قانونية مع الإشارة إلى الفقرة المطبقة من المادة ٣٢ عقوبات حتى تتمكن محكمة النقض من مراقبة توافر

الشروط المطلوبة لها . كذلك فإنه يجب أن يستفاد توافر شروط الارتباط من عبارات حكم محكمة الموضوع أيضاً .

المطلب الثاني

نطاق رقابة محكمة النقض على محكمة الموضوع في تقدير توافر الارتباط بين الجرائم

إذا كان تقدير توافر شروط الارتباط بين الجرائم وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة ٣٢ عقوبات أو عدم توافرها ، هو امر يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ، إلا أنه متى كانت وقائع الدعوى كما أوردها الحكم لا تتفق قانوناً ، مع إنتهى إليه من قيام الارتباط بينها ، فإن ذلك يكون من الأخطاء القانونية من تكيف علاقة الارتباط التي تحدت عناصره في الحكم والتي تستوجب تدخل محكمة النقض لانزول حكم القانون الصحيح عليها (٢١) .

ولذلك فان محكمة النقض تبسط رقابتها على جميع انواع التكييف القانوني الذي تخلعه محكمة الموضوع على القدر

الثابت من الوقائع . وذلك لان تطبيق المادة ١/٣٢ عقوبات هو عبارة عن مقارنة بين وصفين للواقعة يختار القاضي عقوبة الجريمة أشدها ، كما أنها في حالة المادة ١/٣٢ عقوبات ليست سوى تغليب عقوبة الجريمة الأشد على الجريمة الأخرى أو الجرائم الأقل عقوبة . ويتقضى ذلك من القاضي أن يحص الدعوى للوصول الى التكييف الصحيح للجريمتين المستدتين الى المتهم ثم تقدير قيام الارتباط بينهما . وهذا التقدير هو المسألة التقديرية المثروكة لقاضي الموضوع في هذا المقام . ويتقضى بحث اتجاهات محكمة النقض المصرية في تحديد نطاق رقابتها على سلطة محكمة الموضوع في تقدير توافر الارتباط بين الجرائم إستقراء بعض أحكام النقض في هذا المجال . وعلى سبيل المثال فقد قضت محكمة النقض بأنه : -

(١) إذا كان ما أورده الحكم المطعون فيه عن قيام الارتباط الذي لا يقبل التجزئة بين جريمتي احراز - السلاح والخذيرة وبين

العقوبة المقررة للجريمة الأولى ، فإنه يتمتع بنقض الحكم المطعون فيه نقضاً جزئياً وتصحيحه بإلغاء عقوبة الحبس المقررة بها عن الجريمة الثانية المستندة للطاعن عملاً بالحق المخول للمحكمة بالمادة ٣٥ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض ^(٢٤) .

المبحث الثالث

تلخيص دور محكمة النقض في الرقابة على محكمة الموضوع كالآتي للاطلاع بنظرية العقوبة المبررة

المطلب الأول

نظرية العقوبة المبررة في قضاء النقض المصري والمقارن

أخذ القضاء المصري بنظرية العقوبة المبررة منذ وقت بعيد ^(٢٥) ، إذ طبقت محكمة النقض المصرية تلك النظرية في حالة ما إذا أوان الحكم المتهم من أجل جريمتين مرتبطتين وأزاد به العقوبة المقررة لأشدهما ، فلا ينقض الحكم أستناداً الى ابتفاء إحدى الجريمتين طالما أن العقوبة التي أوقعها بقررها

سليم الى القول بأن الجرائم الثلاث المستندة الى المطعون ضده ، وهي إحداث الجرح العمد وإحراز السلاح الناري وذخيرته بغير ترخيص ، قد ارتكبت لغرض واحد وانها مرتبطة ببعضها إرتباطاً لا يقبل التجزئة ، الأمر الذي يوجب إعتبارها كلها جريمة واحدة والحكم بالعقوبة المقررة لأشدها وهي جريم إحراز السلاح الناري ، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في القانون ^(٢٦) .

إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بمقابلة الطاعن بعقوبة مستقلة عن كل من جريمتي الضرب المنفرد الى الموت والضرب البسيط اللتين دان الطاعن بهما على الرغم مما تفر عنه صورة الواقعة كما أوردها من أن الجريمتين قد انتظمتهما خطة جنائية واحدة بعدة أفعال مكملة لبعضها البعض فتكونت منها مجتمعة الوحدة الإجرامية التي عنها الشارع بالحكم الوارد بالفقرة الثانية من المادة ٣٢ من قانون العقوبات ، مما كان يوجب الحكم على الطاعن بعقوبة الجريمة الأشد وحدها وهي

جريمة الإصابة الخطأ لا يحمل قضاء ، ذلك بأن الجريمتين الأولى والثانية قد نشأتا عن فعل واحد يختلف عن جريمة إصابة المجنى عليها خطأ التي نشأت عن فعل إطلاق النار المستقل تمام الاستقلال عن الفعل الذي انتج جريمتي إحراز السلاح وذخيرته بما ينتهي معه قيام ثمة إرتباط بينهما في مفهوم ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣٢ من قانون العقوبات فإنه إذا انتهى الى تطبيق حكم تلك المادة على واقعة الدعوى يكون أخطأ في تكييف علاقة الإرتباط بين الوقائع كما أثبتتها بما يوجب نقضه وتصحيحه بتوقيع عقوبة مستقلة عن جريمة الإصابة الخطأ بالإضافة الى باقى العقوبات الأخرى المحكوم بها عن الجريمتين الأولى والثانية ^(٢٧) .

(ب) إذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من ظروف الدعوى وأدلتها أن المطعون ضده أطلق النار على المجنى عليه - بغير قصد قتله - من السلاح الناري المضبوط والغير مرخص به وانتهى في منطق

القانون من أجل الجريمة الأخرى التي ثبت توافر أركانها ^(٢٦).

وتستند نظرية العقوبة المبررة في أساسها القانوني إلى أنه إذا كانت العقوبة المحكوم بها « مبررة » أي مطابقة للعقوبة الواجب الحكم بها إذا لم يتوافر هذا الخطأ ، فإن دور المحكمة في هذه الحالة يقتصر على إثبات هذا الخطأ دون أن يمتد إلى ذات الحكم المطعون فيه ^(٢٧).

ويرجع الأساس التاريخي لنظرية العقوبة المبررة إلى نص المادتين ٤١١ ، ٤١٢ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسي الملقى ^(٢٨) والمادة (٥٩٨) من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي الحالي الصادر بالأمر رقم ٥٨ - ١٢٩٦ في ٢٣ ديسمبر ١٩٥٨ ^(٢٩).

وقد كان التشريع المصري الخاص بحالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض والصادر بالقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ في المادة ٤٠ منه هذه النظرية إذ تنص المادة على أنه « إذا اشتملت أسباب الحكم على خطأ في القانون أو إذا

وقع في ذكر نصوصه ، فلا يجوز نقض الحكم متى كان العقوبة المحكوم بها مقرر في القانون للجريمة ، وتصح المحكمة الخطأ الذي وقع » ^(٣٠).

- شروط تطبيق نظرية العقوبة المبررة ^(٣١).

١ - أن لا يكون الحكم صادراً بالبراءة ؛ ومقتضى ذلك أن يكون الحكم المطعون فيه صادراً بالإدانة .

٢ - أن تكون العقوبة المقررة بها تدخل في نطاق العقوبة المنصوص عليها في القانون للتهمة بعد استبعاد ما شاب الحكم من خطأ في القانون أو بطلان .

٣ - ألا يكون هذا الخطأ قد أعجز المحكمة عن صفة تقدير العقوبة .

المطلب الثالث

النتائج المترتبة على تطبيق نظرية العقوبة المبررة في مجال الجرائم المرتبطة

أن القاعدة التي استمدحها قضاء النقض المصري من نظرية العقوبة المبررة أنه لا جدوى من

الطعن بالنقض إذا كان مبيناً على حصول خطأ في تطبيق القانون أو في تأويله بالنسبة لأحد الأوصاف التي أشار الحكم إلى قيامها ، أو بالنسبة إلى بعض الجرائم التي أشار إلى ثبوتها في حق الطاعن ثم تبين أن الوصف المتبقي للواقعة استبعاد الوصف المدعى بحصول خطأ فيه يكفي لأن يبرر العقوبة المحكوم بها .

كما استقر قضاء محكمة النقض على قبول الطعن بالنقض إذا كانت محكمة الموضوع قد أوقعت عقوبات متعددة بقدر عذبة الجرائم المتعددة التي أذات فيها الطاعن وذلك لأنها نفت توافر الارتباط بينها أو وحدة الغرض منها ، ثم تبين وجود خطأ في تطبيق القانون ولو بالنسبة لجريمة واحدة منها إذا كان من شأن تصحيح هذا الخطأ أن يؤثر في العقوبة المحكوم بها نوعاً أو مقداراً عن هذه الجريمة ، وبصرف النظر عن صحة الحكم المطعون فيه بالنسبة لباقي أجزائه .

لذلك فإنه يمكن القول بأن

المصلحة في الطعن هي العامل المؤثر في مدى اشراف محكمة النقض على محكمة الموضوع في تقدير توافر الارتباط بين الجرائم من عدمه .

وسوف نتناول فيما يلي الآثار المترتبة على تطبيق محكمة النقض المصرية لنظرية العقوبة المبررة في هذا المجال سواء في حالة وجود مصلحة في الطعن أو في حالة إنتفاء المصلحة في الطعن .

الفرع الأول

حالة وجود مصلحة في الطعن

ـ إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بمعاقبة الطاعن بعقوبة مستقلة عن كل من جرمته الضرب المفضى الى الموت والضرب البسيط اللتين دان الطاعن بهما على الرغم مما تنبئ عنه صورة الواقعة كما أوردها من أن الجريمتين قد انتظمتها خطة جنائية واحدة بعدة أفعال مكملة لبعضها البعض فتكونت منها مجتمعة الوحدة الإجرائية التي عناها الشارح بالحكم الوارد بالفقرة الثانية من المادة ٣٢ من قانون العقوبات ،

مما كان يوجب الحكم على الطاعن بعقوبة الجرمية الأشد وحدها وهي العقوبة المقررة للجريمة الأولى ، فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه نقضاً جزئياً وتصحيحه بإلغاء عقوبة الحبس المقتضى بها عن الجريمة الثانية المسندة للطاعن عملاً بالحق النحول للمحكمة بالمادة ٣٥ من القانون ٥٧ سنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض (٣٧) . جريمة بيع سلعة بمسرة أزيد من السعر المقرر - ارتباطها بجريمة عدم الإعلان عن الأسعار .

وجوب تطبيق عقوبة الجريمة الأولى الأشد وحدها - حق محكمة النقض في تطبيقها لمصلحة المتهم إذا تعلق الأمر بمخالفة القانون (٣٨) .

ـ لما كان الثابت من مدونات الحكمين المطعون فيهما أن الطاعن اقترف جرمته إقامة جهاز أشعة واستعمال الإشعاعات المؤينة قبل الحصول على ترخيص بذلك ، فإن ذلك ما يتحقق به مضي الارتباط بين هاتين الجريمتين ، وكان الثابت أن الدعوتين المشار إليهما لم

يكن قد صدر فيهما حكم بات بل كان نظر الإستئناف المرفوع فيهما أمام هيئة واحدة وفي تاريخ واحد ، فإنه كان لزاماً على المحكمة الإستئنافية أن تأمر بضمهما معاً وأن تصدر فيهما حكماً واحداً ، أما وفي لم تفعل وأوقعت على الطاعن بمقتضى الحكمين المطعون فيهما عقوبة مستقلة عن كل من الجريمتين المسندتين إليه ، فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون ، فإنه يتعين نقض الحكمين المطعون فيهما نقضاً جزئياً (٣٩) .

ـ إذا كان الحكم المطعون فيه قد أثبت على الطاعن جريمة تزوير وجريمة اختلاس أموال أميرية ، وكان قد دانه بجريمة أخرى لا تتوافر عناصرها ، وكانت العقوبة المحكوم بها عليه تدخل في حدود العقوبة المقررة للجريمتين اللتين أثبتتهما الحكم عليه ، فإنه لا تكون له جدوى من النعى على الحكم بالنسبة للعقوبة الأصلية . إلا أنه يتعين نقض الحكم فيما قضى به من العقوبة التكميلية واستنزال قيمة الأشياء المختلسة من

عقوبة الرد المحكوم بها
وما يأتىها من الغرامة (٢٥) .

الفرع الثالث

حالة انتفاء المصلحة فى الطعن

يتجه قضاء النقض الجنائى
الى التقرير بانتفاء المصلحة فى
الطعن متى أمكن تبرير العقوبة
فى حالة الجرائم المتعددة
والمرتبطة ارتباطاً لا يقبل
التجزئة بالنسبة للجريمة الأشد ،
ويشترط ألا يكون الخطأ فى
القانون شاملاً لكافة الجرائم
الثابتة قبل المتهم . وعلى سبيل
المثال فإن أحكام محكمة النقض
قد انتهت إلى أنه :

- إذا كان الثابت من مدونات
الحكم المطعون فيه أنه إعتبر
جريمة إخفاء الممتلكات وحيازة
السلاح جريمة واحدة وعاقب
الطاعن بالعقوبة المقر لأشدهما
فإنه لا مصلحة له فيما يثيره
بشأن عدم قيام ركن العلم فى
جريمة إخفاء الممتلكات مادامت
المحكمة قد دانتته بجريمة حيازة
سلاح بدون ترخيص وأوقعت
عليه عقوبتها عملاً بالمادة ٣٧
عقوبات برصفها الجريمة الأشد
ومن ثم يكون نعيه فى هذا

الصدد فى غير محله (٣٦) .

- لا مصلحة للمتهم فى
التمسك بما عسى أن يكون
الحكم قد وقع فيه من خطأ فى
الإسناد وسوء فهم لأقوال
الشهود فيما يتعلق بواقعة
السرقه التى دين بها مع تهمة
بيع الزيت لغير المستهلكين
مادام الحكم قد عاقبه على
الجريتين بعقوبة واحدة داخلة فى
حدود العقوبة المقررة للجريمة
الثانية الواجب معاقبته بها (٣٧) .

- إذا كان الحكم المطعون فيه
قد إعتبر الجرائم المسندة الى
الطاعنين جميعاً مرتبطة ارتباطاً
لا يقبل التجزئة فى حكم المادة
٢/٣٧ من قانون العقوبات
وأوقع عليهما العقوبة المقررة
لأشد تلك الجرائم وهى جريمة
القتل التى لا مطعن للطاعنين
عليها فإنه لا يكون لهما
مصلحة فى نعيهما بشأن تهمة
الضرب التى أسندتها الحكم
اليهما (٣٨) .

- إذا كان الثابت من مدونات
الحكم المطعون فيه أنه إعتبر
جريمة إخفاء الممتلكات وحيازة
السلاح جريمة واحدة وعاقب

الطاعن بالعقوبة المقررة لأشدهما
فإنه لا مصلحة له فيما يثيره
بشأن عدم قيام ركن العلم فى
جريمة إخفاء الممتلكات مادامت
المحكمة قد دانتته بجريمة حيازة
سلاح بدون ترخيص وأوقعت
عليه عقوبتها عملاً بالمادة ٣٧
من قانون العقوبات برصفها
الجريمة الأشد ومن ثم يكون نعيه
فى هذا الصدد فى غير محله (٣٩) .

- لئن كان ما أورده الحكم
فى مدوناته ليس فيه ما يتحقق
به توافر أركان جريمة الحصول
بالتهديد على مبلغ من النقود
بغير حق وأن يكون التهديد هو
الوسيلة إليه والقصد الجنائى
الذى يتمثل فى أن يكون
الجانى وهو يقارف فعلته عالماً
بأنه يقتصب ما لا حق له فيه
إلا أنه وقد أعمل الحكم فى حق
الطاعن المادة ٢/٣٧ من قانون
العقوبات لمسا بين الجريتين
المسندتين إليه من ارتباط ولم
يوقع عليه سوى عقوبة واحدة ،
وكانت العقوبة المقررة لكل من
الجريتين واحدة ، وإذا كانت
العقوبة المقضى - وهى الحبس
مع الشغل لمدة سنة - تدخل فى
نطاق العقوبة المقررة قانوناً

فلا مصلحة للطاعن إذن من طعنه ^(٤٢).

- لا مصلحة للمتهم من التمسك بعدم قبول دعوى الزنا - بفرض عدم تقديم شكوى المجنى عليه فى شأنها - مادامت المحكمة قد دانت به جريمة الإشتراك فى تزوير المحرر الرسمى وأوقعت عليه عقوباتها عملاً بالمادة ٣٢ عقوبات بوصفها الجريمة الأشد ^(٤٣).

بالعقوبة الأشد وهى المقررة لجريمة الإختلاس التى اثبتتها الحكم فى حقه ^(٤٤).

- لا جدوى للطاعن فيما ينعاه على المحكمة من عدم إطلاعها على المحررات المطعون فيها بالتزوير ، إذ أن الحكم المطعون فيه قد دانه بتهمتهى التبيد والإشتراك فى التزوير ، والحد الأقصى لكل من الجريمتين واحد وهو الحبس لمدة ثلاث سنوات والمحكمة لم تحكم عليه الا بعقوبة واحدة تطبيقاً للمادة ٣٢ من قانون العقوبات

لجريمة السرقة مع آخرين المنطبعة على المادة ٥/٣١٧ من قانون العقوبات التى أثبت الحكم توافرها فى حقه ، فإنه لا يجدى الطاعن ما يثيره فى صدد الجريمة الأخرى المرتبطة ^(٤٥).

- ما يثيره الطاعن بالنسبة لجريمة الإشتراك فى التزوير فى أوراق رسمية لا يجديه نفعاً لأنه بافتراض قصور الحكم فى التدليل عليه لا يستوجب نقضه مادامت المحكمة قد طبقت عليه حكم المادة ٣٢ من قانون العقوبات وقضت بما قبله

... الحرية

الحرية شيء ينتزعه الرجل لنفسه إنتزاعاً ،
لأنها لن تكون يوماً شيئاً نستجديه .

جان جاك روسو

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١) يختلف تعدد العقوبات عن العود في أنه في العود يقارن الجاني جرائمه الجديدة بعد سبق الحكم عليه نهائياً في جريمة سابقة ، أما في التمدد فهو يرتكبها قبل الحكم عليه في أية جريمة .

GAROFALO . " La Criminologie " Paris , 5e éd, Alcan , أنظر 1905 , P.334 .

GARRAUD (Réne) " Traite Theorique et Pratique de (٢) Droit penal francais " . Paris , Sirey , 3e éd , 1913 - 1935 . T . 3e , No g81 , P.188

- ORTOLAN : Elements de Droit Penal " . Paris , 5e éd أنظر (٣) , 1886 , No . 1449 .

- CHALARON : " Le Concours ideal d'infraction " . Paris Juris-classeur Periodique (Sunaine , aridique) , 1967 , 1. 2088

-MERLE (Roger) , Vitu (Andre) : " Traite de (٤) Droit Criminel " T.I , Paris , Cujas , 2e éd , 1984 , no. 362 , P.466 .

- VONLLSZT : " Traite de Droit Penal allemand . Paris, أنظر (٥) Trad . Franc . Par Lobstein , 1911 , P. 355

- ORTOLAN : OP . Cite . , No 1449 أنظر (٦)

- Crim . , 3 mars 1960 , Bul letin des arrêts de La Cour de Cassation , Chambre Criminelle , 139 , Observation LEGAL , R.J . C . , 1961 , P. 105 Crim . , 5mai 1966 , B. , 139 , Observ . LEGAL , R . J . C . , 1967 , P. 176 , P. 176 , Crim . , 22 Juill 1971 , B. 238 , Jurisclasseur Periodique (Semaine Juridique) , 1971 . Iv . 235 .

- MERLE (Roger) , & Vitu (Andre) : Traite de droit (٧) Criminel

- Droit Penal General . Paris , T.I , Cujas 5e éd, 1984 , No - 455 , P.572 .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(٨) أنظر : الدكتور مأمون محمد سلامة : قانون العقوبات - القسم العام " .
القاهرة ، الطبعة الرابعة ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٣ ، ص ٥٢٣ .

(٩) أنظر : GHASSEMI : " Le-Concours reel d'infraction: en droit francais contemporain " Paris , these , 1961 , P:74 ets .

(١٠) أنظر : ROUX : " Cour de droit Criminel Francais " Paris T.L , 2e éd , 1927 .

(١١) أنظر الدكتور علي راشد : القانون الجنائي - المخل وأصول النظرية العامة .
القاهرة ، - الطبعة الأولى ، مكتبة سيد عبد الله وهبه ، ١٩٧٠ ، ص ١٣٤ وما بعدها .
(١٢) أنظر الدكتور عبد الأحد جمال الدين : دروس في الباني الرئيسية القانون الجنائي - القسم العام القاهرة ، دار الفكر العربي ، ١٩٧٤ - ١٩٧٥ ، ص ٢٦٩ .

(١٣) أنظر الدكتور محمود محمود مصطفى : شرح قانون العقوبات " القسم العام " القاهرة ، ١٩٧٤ ، رقم ٤٧ ، ص ٩٣ .

(١٤) أنظر الدكتور رمسيس بهنام : النظرية العامة للقانون الجنائي الاسكندرية ، ١٩٧١ ، ص ٢٦٢ . - الدكتور محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات - القسم العام . القاهرة ، الطبعة الخامسة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٢ ، بند ١٠٠٥ ، ص ٨٧٤ .

(١٥) أنظر الدكتور مأمون محمد سلامة : المرجع السابق ، ص ٥٤٧ .

(١٦) أنظر الدكتور مأمون محمد سلامة : قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بالفقه وأحكام النقض الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٠ ، ص ٨٥٤ وما بعدها .

(١٧) أنظر الدكتور محمود نجيب حسن : شرح قانون الإجراءات الجنائية . القاهرة ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ ، بند ١٣٣٣ ، ص ١١٨٠ .

(١٨) أنظر نقض ١٩٥٥/٣/١٤ مجموعة أحكام محكمة النقض ص ٦
رقم ٢٠٥ ص ٦٢٢ .

(١٩) أنظر نقض ١٩٥٦/٤/٢٣ مجموعة أحكام النقض ص ٧ رقم ١٧٥
ص ٦٢٢ .

(٢٠) أنظر نقض ١٩٥٦/٦/١١ مجموعة أحكام محكمة النقض ص ٧ رقم ٢٤١
ص ٨٧٤ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(٢١) كذلك فإنه متى كانت وقائع الدعوى توجب تطبيق المادة ٣٢ عقوبات فإن عدم تطبيقها يكون من الأخطاء التي تقتضي تدخل محكمة النقض لتطبيق القانون على وجه الصحيح .

أنظر - نقض ١٩٦٧/١١/٢٧ مجموعة أحكام محكمة النقض من ١٨ رقم ص ١١٦٨ .

- نقض ١٩٧٣/١/٧ مجموعة أحكام محكمة النقض من ٢٤ رقم ١١٩٦ ص ٤٣ .

- نقض ١٩٧٣/٦/٤ مجموعة ١٩٧٣/٦/٤ مجموعة أحكام محكمة النقض من ٢٤ رقم ٣٨٥ و ٤٢٥ ص ٧٠٦ .

- نقض ٧٣/١٢/٢ مجموعة أحكام محكمة النقض من ٢٤ رقم ٩٦٤ ص ١١١٧ .

- نقض ١٩٧٥/١١/١٦ مجموعة أحكام محكمة النقض من ٢٦ رقم ١٥٣ ص ٦٩٦ . (٢٢) أنظر نقض ٧ يناير سنة ١٩٧٣ سالف الاشارة اليه .

(٢٣) أنظر نقض ١٩٧٣/٢/٥ مجموعة أحكام محكمة النقض من ٢٤ رقم ٢٨ ص ١٢٢ .

(٢٤) أنظر نقض ١٩٧٣/١٢/١٦ مجموعة أحكام محكمة النقض من ٢٤ رقم ٢٥١ ص ١٢٣٨ .

(٢٥) قضت محكمة النقض المصرية في عام ١٩٠٤ بأن خطأ الحكم في الإشارة الى النص الواجب التطبيق لا يبطله ، وإنما تصحح المحكمة الإشارة الى النص الصحيح .

أنظر نقض ١٣ أكتوبر سنة ١٩٠٤ للمجموعة الرسمية من ٦ رقم ٤٨ ص ١٠٠ .

٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية جـ ٧ رقم ٤٨١ ص ٤٤٤ ، ٨ نوفمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض من ١ رقم ١٨ ص ٥١ .

(٢٦) أنظر نقض ١٥ أبريل سنة ١٩١٦ الشرائع من ٣ ص ٥٤١ ، ٢٤ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة القواعد القانونية جـ ٧ رقم ٧٩٨ ص ٧٥٨ ، ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام محكمة النقض من ٤ رقم ٤٠ ص ٩٠ ، ١٨ فبراير سنة ١٩٧٣

١٩٧٣ مجموعة أحكام النقض من ٢٤ رقم ٤٦ ص ٢١٣ ، ٢٢ أبريل سنة ١٩٧٤ من ٢٥ رقم ٩١ ص ٤٢٥ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(٧٧) الأستاذ حامد فهمي : نظرية العقوبة المبررة . مجلة القانون والإقتصاد ، جامعة القاهرة ، ص ٩ ، ١٩٣٦ ، ص ٥٥ .

- الأستاذ على زكي المراهي : المبادئ الأساسية للإجراءات الجنائية . القاهرة ، الجزء الثاني ، ١٩٥١ ، رقم ٦٦٦ ، ص ٣١٩ .

(٧٨) كانت المادة ٤١١ من قانون تحقيق الجنايات الفرنسي الملغى تنص على أنه " إذا كانت العقوبة المحكوم بها هي نفسها العقوبة التي يقضى بها القانون ، فلا يجوز طلب بطلان الحكم بحجة وجود خطأ في ذكر النص القانوني " أما المادة (٤١٣) من نفس القانون فكانت تنص على أنه " لا يجوز الطعن بالنقض في حكم المرأة على أساس عدم مراعاة القواعد الشكلية المتطلبة لتكوين المتهم من إبداء دفاعه " وقد أعلمت محكمة النقض الفرنسية نظرية العقوبة المبررة طالما أنفتحت المصلحة من الطعن بالنقض وإن يترتب على الطعن تعديل في منطق الحكم المطعون فيه .

أنظر 2 ، 1:49 ، 1909 .S. 1906 ، S. 12 mai 1906 - Cass mars 1917 .S. 1920 ، 1. 137، 30 JiuLL . 1927 .S. 1929 ، 1.159 .

(٧٩) أنظر ROBERT . La Pienne Justifiée . Paris ، McLange Pafin ، 1966 ، P. 567 .

(٨٠) جاء بالأعمال التحضيرية للقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بصدده المادة ٤٠ أنه " أقر ما جرى عليه قضاء محكمة النقض من عدم قبول الطعن كلما كانت الواقعة الجنائية التي أثبت الحكم وقوعها تبرر العقوبة المحكوم بها مهما كان هناك من الخطأ القانوني في وصفها . وهذه القاعدة تبررها مصلحة العمل وهي مقرر في التشريعات الأجنبية كالتشريع الفرنسي والتشريع البلجيكي . وفي هذه الحالة لا تقتصر محكمة النقض على رفض الطعن ، وإنما تصحح الخطأ الذي وقع في الحكم المطعون فيه وتبين الوصف الصحيح في منطق حكمها . لكن تعمل النهاية على تنفيذه في صحيفة سوابق الحكم عليه وغيرها من الأوراق الرسمية " .

(٨١) أنظر الدكتور مأمون محمد سلامة : قانون الإجراءات الجنائية معلقا عليه بالفقه وأحكام النقض . القاهرة ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٠ ، ص ٤٤٢ وما بعدها .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(٢٢) أنظر نقض ١٩٧٣/١٢/١٦ مجموعة أحكام محكمة النقض من ٢٤ رقم ٢٥١ من ١٢٣٦ .

(٢٣) أنظر نقض ١٩٧٢/٢/٢٠ مجموعة أحكام محكمة النقض من ٢٣ رقم ١٦٤٩ من ١٩٧ .

(٢٤) أنظر نقض ١٩٧٣/٦/٤ مجموعة أحكام محكمة النقض من ٢٤ رقم ١٤٦ من ٧٠٦ .

(٢٥) أنظر نقض ١٩٥٤/١/١٩ مجموعة أحكام محكمة النقض من ٥ رقم ٨٨ من ٢٦٣ .

(٢٦) أنظر نقض ١٩٧٤/٣/٣١ مجموعة أحكام محكمة النقض من ٢٥ رقم ١٩٢ من ٣٤ .

(٢٧) أنظر نقض ١٩٥٦/٦/٥ مجموعة أحكام محكمة النقض من ٧ رقم ١٨٢ من ٨٤٥ .

(٢٨) أنظر نقض ١٩٧٤/٣/١٠ مجموعة أحكام محكمة النقض من ٢٥ رقم ٤٩ من ٢١٧ .

(٢٩) أنظر نقض ١٩٧٤/٣/٣١ مجموعة أحكام محكمة النقض من ٢٥ رقم ٧٤ من ٣٤٠ .

(٤٠) أنظر نقض ١٩٧٤/٤/٢٢ مجموعة أحكام محكمة النقض من ٢٥ رقم ٩١ من ٤٢٥ .

(٤١) أنظر نقض ١٩٧٤/٦/٣ مجموعة أحكام محكمة النقض من ٢٥ رقم ١١٧ من ٥٤٦ .

(٤٢) أنظر نقض ١٩٥٨/١٢/٣٠ مجموعة أحكام محكمة النقض من ٩ رقم ١٣٣٧ من ١١٤٨ .

(٤٣) أنظر نقض ١٩٥٩/١٢/٨ مجموعة أحكام محكمة النقض من ١٠ رقم ١١٣٢ من ٩٩٢ .

العمل صوراً متعددة^(١) فقد يكون إعتقاداً نقدياً وذلك بأن يضع البنك تحت تصرف العميل مبلغاً خلال مدة معينة يحددها البنك وقد يكون إعتقاداً مصرفياً بإقراض العميل مبلغاً معيناً ، وقد يكون في صورة أخرى مثل تعهد من البنك بتمويل عملية إستيراد بضاعة لحساب العميل مقابل تسلم البنك مستندات معينة تثبت حيازتها وتقوم مقامها ، هذه العملية هي المسماة بالإعتماد المستندي فالإعتماد المستندي أذن هو إحدى عمليات البنوك الهامة التي تعرفها التجارة الدولية خاصة في مجال إستيراد وتصدير البضائع التي تنقل بحراً وعلى وجه الخصوص في البورج البحرية المعروفة بإسم البيع سيف " CIF " ^(٢) وهو البيع الذي يتفق فيه على حصول التسليم في ميناء القيام والتزام البائع بأداء ثمن البضاعة

البنك حاجة الى مثل هذا الضمان إكتفاء بثقته في عميله ، وفي هذه الحالة تكون النقود وسيلة البنك في خلق هذا الإئتمان . وقد يتخذ الإئتمان شكلاً آخر وذلك بأن يصدر البنك صكوكاً قابلة للتداول ، وفي هذه الحالة فإن البنك يعطى عميله إئتمناً من خلفه ، ومثال ذلك كمبيالة يسحبها العميل على البنك مقترنة بما يفيد قبول البنك الوفاء بقيمتها ثم يقوم العميل بإستخدام الكمبيالة للوفاء بما عليه من ديون سواء بتطهيرها أو بطريق خصمها لدى بنك آخر وفي صورة أخرى يتخذ الإئتمان التجاري الذي تقدمه البنوك شكلاً آخر وهو عقد فتح إعتداد ويمكن العميل من الوفاء بديونه وإلتزاماته تجاه الغير مقابل إلتزام العميل بدفع عمولة أو فائدة للبنك في المواعيد المتفق عليها . والإعتماد المصرفي يأخذ في

يعتبر الإعتماد المستندي بحق روح التجارة الخارجية وإن كان هذا لا يمنع من إعتاده في التجارة الداخلية .^(٣)

كما يحدد هذا النوع من عمليات البنوك وسيلتها الهامة في تحصيل وتسوية ألسان البورج في العمليات التجارية على المستوى الدولي على وجه الخصوص ، ولما كان الإئتمان هو إحتسدى الوظائف الهامة للبنوك التجارية تقوم بقصد دعم وتنشيط التجارة بوجه عام فإنه يأخذ في العمل صوراً شتى ، فقد يأخذ صورة قرض يمنحه البنك لعميلة ، أو مجرد إلتزام من جانبه بوضع مبلغ معين تحت تصرف عميلة لمباشرة أعماله التجارية ، والبنوك تقوم عادة بهذه الأعمال بعد أن يقدم لها العميل تأمينا خاصاً ويتمثل هذا التأمين في شكل ضمان شخصي أو عيني ، وقد لا يرى

دراسته قد تضمنه في المواد من ٤٨٠/٤٨٨ لأول مرة في المغرب حيث عرفت للمادة ٤٨٠ من المشروع الإعتماد المستندى بأنه إعتماد تفتحه مؤسسة بنكية يطلب من شخص آخر لفائدة عميل له يكون مضمون بحيازة المستندات المثلة للبضائع أثناء نقلها أو المعدة للنقل^(٧).

كما ورد تعريف الإعتماد المستندى في قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ في المادة ١/١١٨ من القانون المذكور إلا أنه تعريف قاصر يتعلق بالإعتماد المالي وهو غير الإعتماد المستندى المعروف موضوع . هذا البحث على إعتبار أن الإعتماد المالي وحسب تعريف المادة المذكورة له هو عقد يلتزم فاته الإعتماد أن يضع بعض الأموال تحت تصرف المئتمد له يحق له أن يتناولها دفعة واحدة أو دفعات متوالية بحسب احتياجه خلال ميعاد معين وهو ما يسمى في العرف البنكي بالحساب الجاري المدين . وقد عالجته المواد ١١٨ ، ١١٩ ، ١٢٠ ، ١٢١ من قانون التجارة الأردني الإعتماد بصورة موجزة

يفتحه البنك بناء على طلب أحد عملائه ويصمى الأمر لصالح شخص آخر يسمى المستفيد بضمان مستندات تثقل بضاعة منقولة أو معدة للنقل ، ويسمى هذا الإعتماد لقضاء وفائق أي " Documentary " باللغة الإنجليزية^(٨) . ولم يتناول المشرع المصري شأنه في ذلك شأن غالبية التشريعات الإعتمادات المستندية بالتنظيم وإنما تركه للعادات التجارية والعرف التجاري ولأحكام القضاء كما لم تهبط دراسة الإعتمادات المستندية بعناية الفقه فيما عدا دراسات قليلة^(٩) فمن التشريعات التي عرضت لتنظيم الإعتمادات المستندية لتشريع الترنسي الصادر سنة ١٩٦١ ... والعراق سنة ١٩٧١ وقانون التجارة الكويتي رقم ٨٠/٦٨ م كما تضمنه مشروع القانون التجاري .. المصري في المواد من ٢٨٢ إلى ٢٨٩ والأردني الصادر سنة ١٩٦٦ إلا أنها تنظيمات لم تتضمن تنظيمه تفصيلاً . فقانون التجارة المغربي الحالي لم ينظم الإعتماد المستندى وإن كان مشروع القانون . الجاري

بالإضافة الى المصاريف وأجرة الشحن ونفقات التأمين والبيع " سيف " هو بيع بضاعة مصدرة بطريق البحر أو الجو الى محل معين يبدل مقطوع يشمل ثمن البضاعة والتأمين عليها وأجرة النقل بالسفينة فالإعتمادات المستندية إذن هو وسيلة هامة في تسوية الثمن في البضائع الدولية بموجبها يستطيع المشتري قبض ثمن المبيع من البنك فور الشحن حتى ولو لم تصل البضاعة فعلاً إلى المشتري وذلك بمجرد تقديم للمستندات الدالة على ذلك ، تقرر محكمة النقض بأن فتح الإعتماد هو عقد بين البنك وعميله يتعهد فيه البنك بوضع مبلغ معين تحت تصرف العميل خلال مدة معينة ولهذا الأخير حق سحبه كله أو بعضه بالكيفية التي يراها وفي مقابل الإعتماد يلتزم العميل بأداء العمولة المتفق عليها وهو ملزم بأدائها ولو لم يستخدم الإعتماد المفتوح لصالحه كما يلتزم برد المبالغ التي يسحبها من الإعتماد وفوائدها إذا إشتطت^(١٠) . ويمكن تعريف الإعتماد المستندى بأنه إعتماد

لا تغطي كل جوانبها ، كما عرفته محكمة التمييز الأردنية على (أن فتش الإعتداد المستندي حسبما أسس الفقه والقضاء على تعريفه هو قرض معلق على شرط توقيفي وهو طلب العميل للنقد الذي وعد بها بحيث إذا حصل العميل على ما يلزمه من النقود بقدر حاجته تنفيذاً لعقد الإعتداد ، فإن المبلغ الذي حصل عليه يعتبر قرصاً وتسرى عليه قواعد القرض التي من ضمنها الإلتزام بدفع فائدة عن المبلغ المنقرض ^(٨))

وهذا ... التعريف يعيبه القصور ذلك أنه لا يعالج إلا صورة واحدة من صور الإعتداد المالي أو إعتداد القرض دون الصور الأخرى ، وفي حكم آخر ، عرفت محكمة التمييز الأردنية ^(٩) بما يلي :

هو تعهد صادر عن البنك بناء على طلب الأمر (المشتري) يلتزم المشتري بدفع ثمن وعلى ذلك فإن الإلتزامات المترتبة على إنشائه تنحصر في ذمة طسرى العقد وهما الأمر (المشتري) والبنك فقط ،

ولا يتحمل المستفيد (البائع) من الإعتداد بأي إلتزام ، ويلتزم البنك بموجبه أن يدفع قيمة المستندات إلى المستفيد وبعد ذلك يضع المستندات المتعلقة بشحن البضاعة تحت تصرف الأمر مقابل حصوله على قيمتها من الأمر المذكور كما يلتزم المشتري الزم بموجبه بدفع قيمة المستندات موضوع الإعتداد إلى البنك عند ورودها منه واستطردت محكمة التمييز الأردنية في حكمها الى القول :

ومن حيث أن إلتزام المشتري في الإعتداد المستندي بدفع قيمة المستندات ينشئ في ذمته إلتزاماً بدفع قيمتها بنفس العملة الأجنبية التي دفع بها البنك بموجب الإعتداد ، فإنه يترتب على ذلك بأن يرد للمشتري ما يعادل هذا المبلغ بالعملة المحلية (الدينار الأردني) طبقاً لأسعار الصرف في بلد الأمر (المشتري) وقت الرد ... » ولذلك فإن المشتري هو الذي يتحمل تقلبات أسعار الصرف إذا أدت الى إنخفاض قيمة النقد المحلي بسبب إرتفاع قيمة

العملة الأجنبية عند الرد كما عرفته محكمة التمييز الكويتية بأنه (عقد يتعهد البنك بمقتضاه بناء على طلب أحد عملائه) الأمر بفتح الإعتداد لصالح شخص آخر (المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل . ويعتبر عقد الإعتداد المستندي مستقلاً عن العقد الذي فتح الإعتداد بسببه ، وهو العقد الذي يحكم وحده إلتزام كل من طرفيه فإذا اتفق البائع والمشتري على تسوية الثمن بينهما بطريق الإعتداد المستندي فإن الإلتزام للمشتري بفتح الإعتداد أنما ينشأ من عقد البيع ، فإذا قام بفتح الإعتداد بالثمن وفقاً للشروط المتفق عليها بعقد البيع يكون قد قام بتنفيذ إلتزامه قبل البائع ، ويصبح الإلتزام هذا الأخير بأداء الإلتزام مستحقاً في ذات الوقت ويلزمه أدائه ، وعلى ذلك فإن حيازة البنك للمستندات المشترطة من قبل عميله في عقد فتش الإعتداد يتوقف إلتزام البنك بالوفاء بقيمة الإعتداد ^(١٠) .

فالإلتزامات المستندة إذن

فصول وسوف أعرض في الفصل الأول أنواع الإعتمادات المستندية ، وفي الفصل الثاني الطبيعة القانونية للإلتزام تجاه المستفيد وفي الفصل الثالث إلتزامات البنك تجاه عميله ومعيار تقدير مسئوليته عند قيامه بالفحص للمستندات .

١ - الفصل الأول : - أنواع الإعتمادات المستندية .

٢ - الفصل الثاني : - الطبيعة القانونية لإلتزام البنك بالدفع للمستفيد .

٣ - الفصل الثالث : - إلتزامات البنك تجاه عميله وتقدير مدى مسئوليته .

٤ - خاتمة .

الفصل الأول :

أنواع الإعتمادات المستندية
تعريفه :

نشأت الإعتمادات المستندية من واقع الحاجة إليها في الحياة العملية ، ولذلك فإن القواعد الخاصة بها هي مجموعة من العادات التي قد تختلف من دولة لأخرى من ناحية ، والتي

وبعبارة جامعة فإن الإعتمادات المستندية تهدف أساساً إلى تأمين طرفي البيع وتحويل الصفة ، ويثور التساؤل فيما يتعلق بتنفيذ البنك لأحد التزاماته تجاه عمليه الأمر بالإعتماد وهو الإلتزام بفحص المستندات التي تسلمها من البائع أو من البنك الوسيط عما إذا كان دور البنك يقتصر على مجرد تسلمه للمستندات وفحصها لتقدير مدى مطابقتها لشروط عقد الاعتماد أم أن دوره أوسع مدى من ذلك ومن ثم تقوم مسئوليته إذا لم يتحرر الدقة في قيامه بعمله بإعتباره محتسناً ومحترفاً القيام بهذا العمل لمصلحة عملية ؟ وتظراً لأهمية هذه المسألة من الناحية العملية وعدم استقرار الأحكام القضائية الصادرة في شأنها فسوف أحاول معالجتها بعد أن أعرض لضمون التزامات البنك تجاه كل من الأمر بالإعتماد والمستفيد منه ، خاصة وأن البنك فاتح الإعتماد غريب عن العلاقة فيما بين البائع والمشتري ولا شأن له بها ^(١٣) ، رأيت تقسيم هذا البحث الى ثلاثة

وكما سلف البيان هي الوسيلة العملية التي يتم عن طريقها تسوية ثمن البضائع في التجارة الخارجية وصفة خاصة في إطار البيع الدولي الذي يتم بين طرفين متباعين ^(١١) . كما أنها وسيلة ملائمة لتوفير الثقة بين البائع والمشتري ، فالمشتري لا يطمئن الى دفع ثمن البضاعة إلا إذا تحقق من وصول بضاعته ، كما لا يطمئن البائع إلى تسليم بضاعته إلا إذا قبض ثمنها ^(١٢) .

ومن هنا ظهرت الحاجة الى الإستعانة بالمستندات التي تصدر بمناسبة تنفيذ البيع الدولي والتي تقوم حيازتها مقام حيازة البضاعة ذاتها وإلى الإستعانة بشخص وسيط يشق طرفي الصفة (البائع والمشتري) ، وعن طريقه تسلم المستندات والتمن وبالشروط التي تضمن حقوق كلا الطرفين ومن هنا كانت فكرة الإعتمادات المستندية التي تمثل المستندات الدور الهام في تنفيذ أحكامها بل وتتركز حولها كل المشكلات العملية التي تحدث في التطبيق . بنسبتها .

لا يلتزم المتعاملون بتطبيقها في جميع الحالات من ناحية أخرى إلا إذا اتفقت إراداتهم على ذلك إلا أنه ظهر على الصعيد الدولي حاجة قوية إلى توحيد أحكام الإعتمادات المستندية حيث ظهرت أول صياغة دولية تحكم الإعتمادات المستندية في عام ١٩٣٣ في فيينا ، حيث وضعت القواعد والعادات الخاصة بتوحيد الإعتمادات المستندية وأعيد صياغتها عام ١٩٥٢ في لشبونة ، ثم في عام ١٩٦٢ في باريس ، وفي عام ١٩٧٤ وضعت غرفة التجارة الدولية ولجنة قانون التجارة الدولية قواعد يطلق عليها " الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية " . ثم عدلت في ٣١ يونية ١٩٨٣ على أن يبدأ العمل بها في أول أكتوبر ١٩٨٤ وهذا التعديل الأخير هو ما يجرى عليه العمل في غالبية عمليات البنوك في مختلف أنحاء العالم في الوقت الحاضر ، والذي سنشير إليه في الدراسة . يمكن تقسيم الإعتمادات المستندية بالنظر إليها من زاويتين :

الاولى : تتعلق بأنوارها والثانية : تتصل بفوائدها :

المبحث الاول

الاعتمادات المستندية بالنظر الى ما يتوجب عليها من آثار قانونية :

١- الاعتماد المستندي البات أو غير قابل للإلغاء Crédit irrevocable

الإعتماد المستندي غير القابل للإلغاء أو القطعى هو الذى لا يجوز إلغاء أو تعديله إلا بإتفاق ذوى الشأن جميعاً . فهذا النوع من الإعتماد هو تعهد ثابت ونهائى يلتزم به المصرف فاتح الإعتماد وجميع الأطراف بصورة قطعية ، والمقصود بالأطراف فى هذا الصدد العميل الأمر والمستفيد وجميع البنوك المتدخلة فى تنفيذ الإعتماد بآى شكل كان ^(١٤) وقد عرفت المادة ١٠ / أ من الأصول والأعراف الموحدة لسنة ١٩٨٣ بأنه تعهد نهائى من البنك المصدر له بشرط أن تكون المستندات المشترطة مقدمة وأن تكون شروط الإعتماد قد روعيت فالإعتماد

المستندى القطعى يفيد وجود تعهد نهائى لا يمكن الرجوع فيه أو تعديله ، دون موافقة جميع الأطراف المعنية ولا يعتبر القبول الجزئى لتعديل ما ورد به نافذاً بدون موافقتهم فمضى أخطر البنك مصدر الإعتماد المستفيد بهذا الاعتماد نشأ فى دعمه إلزاماً شخصياً ومباشراً تجاهه بتنفيذ ما جاء بالإخطار ^(١٥)

والإتزام البنك فى هذا النوع من الإعتماد هو إلزام بات قيمتته عليه الإخلال بما إلتزام به ^(١٦) كما يمتنع عليه التمسك قبل المستفيد بالدفع المستمدة من عقد البيع لأن التزامه فى هذا الصدد التزام مجرد ، ولكن يجوز ^(١٧) للبنك أن يتمسك قبل المستفيد بالدفع المستمدة من شروط خطاب الإعتماد ، كما أخطر بها المستفيد لأن هذه الشروط مستمدة من ذات التصرف وهو خطاب البنك الذى التزم بمقتضاه قبل المستفيد وعلى ذلك إذا تم تقديم المستندات المطلوبة من قبل المستفيد فلا يجوز للبنك الإمتناع عن الدفع حتى ولو تلقى تعليمات مخالفة من عملية

الأمر بالإعتماد ، والإستثناء الوحيد على ذلك هو حالة وجود غش أو تدليس من جانب المستفيد ، وتعد هذه الحالة تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية المبنية على خطأ واجب الإثبات ، وهو ما يقع على البنك التصدي له وليس الأطراف الأخرى فسي عقد الإعتماد ^(١٨) ، ولكن بالمقابل يستطيع المشتري الأمر بالإعتماد إذا تبين له أن البضاعة محل الإعتماد ليست مطابقة لما طلبه من المستفيد أن يوقع حجراً على ما للمستفيد لدى الغير ، أي على الأموال التي تحت يد البنك والتي لم يتم تحويلها للمستفيد البائع ، رغم تسليم البنك للمستندات المطابقة من هذا الأخير ورغم أنه أصبح ملتزماً في مواجهته مباشرة في الإعتماد القطعي بمجرد إبلاغ خطاب الإعتماد الى المستفيد فمنذ هذه اللحظة يصبح هذا الإلتزام نهائياً غير جائز الرجوع فيه ^(١٩) .

فالإعتماد المستندي يعمل على إستقلال عن عقد البيع المبرم بين العميل الآخر والبائع

ويبقى البنك أجنبياً عنه ^(٢٠) .

ب- الإعتماد المستندي القابل للإلغاء " Révocable "

وهذا النوع من الإعتماد قابل للنقض أي قابل للرجوع فيه من جانب البنك الذي أصدره في أي وقت ، بمعنى أن الإخطار الذي يرسله البنك الى المستفيد يتضمن حقه في الفائه أو تعديل شروطه ، وإذا كان هذا النوع من الإعتماد لا يترقب أي مسئولية والحال كذلك في مواجهة البنك فإنه يبدو قليل الأهمية من الناحية العملية إذ لا يوفر أي ضمان للمستفيد ومن ثم فهو لا يحقق الغاية من الإعتماد المستندي ، وهو تأمين طرفي الصفقة ، ولذا فإن إستعماله عادة يكون حيث تقوم الثقة فيما بين البائع والمشتري ، ويكون فتح الإعتماد فقط لتنظيم طريقة الدفع ^(٢١) ؛ وقد نصت على هذا النوع من الإعتمادات (المادة ١٧) من الأصول والأعراف الموحدة سنة ١٩٨٣ ، ولا يجوز للبنك إلغاء الإعتماد المستندي غير القابل للإلغاء

بسوئية بقصد الإضرار بسمعة العميل الأمر ، وإلا كان مسئولاً أمام العميل طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية المبنية على خطأ واجب الإثبات إلا أنه لقلة الضمان الذي يوفره هذا النوع من الإعتمادات فقد عزف عنه المصدرون حماية لمصالحهم لأنه وسيلة تحويل غير مطمئنة ، وعدية الفائدة إذ يمكن أن يؤثر عليه أي خلاف ينشأ بين البائع والمشتري ^(٢٢) إلا أن المجدبر بالذكر أن (المادة ٩) من القواعد الموحدة لسنة ١٩٨٣ تنص على التزام البنك الأمر بالإعتماد بتعويض البنك المراسل عن أي وفاة قام به في مقابل مستندات ظاهرها مطابق لشروط الإعتماد قبل إستلامه إخطار التعديل أو الإلغاء ونظراً لقلة الضمان الذي يوفره هذا النوع من الإعتمادات فقد حاول الفقه أن يفسر الطبيعة القانونية له بإسنادها الى فكرة الإلتزام الطبيعي الذي يقتصر فيه الإلتزام على عنصر المديونية دون المطالبة أو المسئولية ومن ثم فلا يستطيع المستفيد أن يخبر البنك على الوفاء له بقيمة الإعتماد لأن

هذا الإعتماد وعد غير ملزم من جانب البنك ^(٢٣) وهذا التفسير في الواقع هو الأقرب الى الصواب نظراً لطبيعة هذا النوع من الإعتمادات إلا أنه يثور التساؤل عن كيفية معرفة ما إذا كان الإعتماد قطعياً أم غير قطعي؟ يمكن أن نفرق هنا بين حالتين:

أ - إذا كانت عبارات خطاب الإعتماد صريحة فيعتد بها لأنه لا إجهاد أمام صراحة اللفظ والنص .

ب - حيث لا تحدد عبارات الإعتماد المعنى المقصود فقد تفيد العبارات المعنيين القطعي وغير القطعي ، وقد يقال أن الإعتماد يكون في هذه الحالة قطعياً لأنه يوفر الضمان للبائع ويؤمن تنفيذ عقد البيع ويحقق الأمان والطمأنينة قبل البدء في التنفيذ وتلك هي غاية الإعتماد ولكن هذا المفهوم لا يتفق والقواعد الموحدة التي تحكم الإعتمادات المستندية ، فالمادة ٧ من القواعد الموحدة لسنة ١٩٨٣ تشترط صراحة النص في كافة الإعتمادات عما إذا

كانت قابلة للإلغاء أم نهائية وقطعية ، ومن الواضح أنه لا يتوجب لإعتماد الإعتماد قطعياً استخدام عبارات معينة أو عنوانة الإعتماد بذلك فالعبرة هي بجوهر الشروط المدونة فيه ومؤدى ذلك أن صفة القطعية لا تفترض فلابد من النص عليها صراحة في الإعتماد ، وإذا لم تكن العبارات واضحة فيجب على البنك الرجوع الى عمله لتوضيح ذلك ^(٢٤) وبما هو جدير بالذكر أن مشروع القانون التجارى المصرى فى المادة ٢/٢٨٤ منه نص على إعتباره الإعتماد فى حالة السكوت عن تحديد ما إذا كان قطعياً . من عنده وهو نص يتعين تداركه لمخالفة ذلك للقواعد المتبعة فى الأعراف الدولية .

جـ - الإعتماد المؤيد

"Credit confirme"

والإعتماد المؤيد هو إعتماد بات أو قطعي بطبيعة الحال ، علاوة على أنه معزز أو مؤيد من قبل بنك آخر غير البنك الذى فتح الإعتماد ^(٢٥) . وفى

هكذا النوع من الإعتمادات لا البنك الفاعل للإعتماد بمجرد الطلب الى بنك آخر فى بلد البائع المستفيد بتبليغه بالإعتماد وشروطه ، ولكن أيضاً بتعزيز التزامه قبله فيعلن للبائع صراحة أنه ملتزم أمامه بالإعتماد وبالشروط الواردة فيه ^(٢٦) .

ويحقق التأييد مزايا جمعة للمستفيد لا يحققها الإعتماد القابل للنقض ، أبرزها أن البنك المؤيد يقع فى بلد المستفيد ، فيستطيع أن يسحب كمبالة عليه بقيمة الإعتماد وفى حالة الخلاف يستطيع أن يخاصمه وينفذ عليه الحكم ببسر وسهولة ، وهذه المزايا لا يحققها الاعتماد القطعي ، والهدف من تعزيز الإعتماد البات ، فى هذه الحالة هو توفير أكبر قدر من الاطمئنان للبائع ، وذلك بأشترط تعهد بنك آخر ، ويتم هذا بطبيعة الحال باتفاق بين البائع والمشتري الذى يلتزم بذاهة بالمعمولة التى يتقاضاها البنك نظير تعهده للإعتماد الأسمى . وتأييد الإعتماد القطعي يضيف الى التزام البنك المشتري التزاماً للبنك المراسل أيضاً ولكن

البنك فاتح الاعتماد بالوفاء بقدمته ينشأ بمجرد تصدير خطاب الاعتماد الى المستفيد أو من يعينه والأصل أن هذا الخطاب وحده هو مرجع في تحديد التزام البنك قبل المستفيد حتى ولو تضمن شروطاً مغايرة لما ورد في عقد فتح الاعتماد الأصلي ، ولكن ما يجدر ملاحظته على حكم النقص سالف الذكر أنه لا يجوز للبنك أن يبلغ المستفيد بشروط تخالف تلك المنصوص عليها في عقد الاعتماد إذ يجب أن ينفذ ما تم الاتفاق عليه مع العميل في خطاب الاعتماد الذي يبلغ المستفيد ولو فعل ذلك البنك لقامت مسئوليته عن هذا الخطأ أمام عميله ، أما بالنسبة للمستفيد فهو لا يتقيد إلا بما ورد في خطاب الاعتماد فقط .

المبحث الثاني

تقسيم الاعتمادات بالنظر إلى ما تحققه لا نظراً لما من فوائد :

وهناك اعتمادات أخرى تقوم البنوك بإبرامها مع عملائها ولكنها أقل ذبوعاً من النوع الأول من الاعتمادات في الحياة العملية ويمكن أن نذكر منها :

إلا مرة واحدة (م ٤٦) من القواعد الموحدة لسنة ١٩٨٣) . ذلك لأن حق المستفيد في تحويل الاعتماد هو حق شخصي إلا إذا إتفق على خلاف ذلك ، ولهذا السبب إذا حول المستفيد الاعتماد إلى شخص آخر مخالفاً بذلك شروط الاعتماد ، فإنه يحق للبنك فاتح الاعتماد أن يرفض الدفع دون أن يلزمه هذا الرفض شيئاً .

ويجب أن يكون التحويل صريحاً ، وبعبارة واضحة دالة عليه وينشأ التزام البنك فاتح الاعتماد في حالة الاعتماد القابل للتحويل شأنه في ذلك شأن الاعتماد العادي بمجرد تصدير خطاب الاعتماد الى المستفيد أو المحصول إليه وهو ما تقرره محكمة النقض في حكم لها ^(٢٩) بالقول " بأنه إذا كان مؤدى النص في عقد الاعتماد على قابليته للتحويل أنه يجوز للمستفيد نقله كله أو بعضه إلى شخص يسمى المستفيد الثاني يحل محله في تنفيذ التزاماته الواردة بعقد الاعتماد طبقاً للئات الشروط المتفق عليها فيه فإن إلتزام

لا يعتبر قيام البنك الوسيط بإبلاغ الإعتماد الى المستفيد تأييداً له بل يجب أن يصرح صراحة بأنه يلتزم به ^(٣٧) ومن نافلة القول أن تقرر أن التأييد لا يرد إلا على اعتماد قطعي ذلك لأنه في حالة الاعتماد القابل للإلغاء يكون البنك فاتح الاعتماد غير ملتزم قبل المستفيد ، ومن ثم فليس هنا لك ما يصلح لأن يكون موضوعاً للتأييد من جانب بنك ثان .

وترتب على تأييد الاعتماد الهات ، بطبيعة الحال من جانب بنك آخر أن يلتزم بدوره بصفة قطعية مباشرة قبل المستفيد .

٥ = الإعتماد القابل للتحويل

ويقصد به الإعتماد الذي يعطى الحق للمستفيد منه بتوجيه تعليماته الى البنك مصدر الإعتماد .

ليقوم بالوفاء بقيمة الإعتماد كلياً أو جزئياً لصالح المستفيد أو المستفيدين الآخرين ^(٣٨) . ويجب أن يكون النص على تحويل الاعتماد صريحاً ، ولا يجوز أن يتم التحويل

١ - الإعتمادات المباشرة والإعتمادات الدائرية أو المتجددة :

الإعتماد المباشر : - هو الذى يتخذ لدى بنك معين سواء أكان هو البنك فاتح الإعتماد أو مراسله أو فرعاه فى الخارج . وهذا النوع من الإعتماد هو الصورة البسيطة للإعتمادات المستندية ويتم الدفع فيه مرة واحدة متى قدمت المستندات المطلوبة خلال مدة الإعتماد .

ب - إما الإعتماد المتجدد :

فهو يكون حين لا تسمح ظروف العمل تسليم بضاعة المتفق عليها مرة واحدة وإنما تسليم على دفعات متعددة وبحيث لا تتجزأ قيمة الإعتماد بحسب تسليم البضاعة ، كما هو الشأن فى حالة الإعتماد القابل للتجزئة وإنما يكون للبايع أن يقدم بضاعته بقيمة الإعتماد المفتوح لصالحه خلال مدة معينة ثم يقدم بضاعة تالية بنقص المقدار وهذا الإعتماد هو نوع جديد ابتكره العمل المصرفى وهو يكون فى حالة ما إذا كان المشتري داخلاً مع البائع فى عدة عمليات تجارية قبلها من

فتح إعتماد مستقل لكل عملية على حده فإنه يقوم بفتح إعتماد واحد يتجدد بالنسبة إلى كل العمليات التى يقوم بها المستفيد (٣٠) .

ومما يجدر ملاحظته أن البنك يلتزم بالنسبة لهذا النوع من الإعتماد فى حدود مبلغ معين أمام المستفيد بالنسبة إلى كل العمليات المتفق عليها ومن هنا تبدو خطورته فى إمكانية إمتداده لفترة طويلة قد تتغير فيها الظروف . والإعتماد المتجدد هو كالإعتماد المباشر قد يكون قطعياً أم غير قطعى مؤبداً أو غير مؤبد محلياً أو خارجياً .

ج - الإعتماد الاصلى والإعتماد

المساعدة " Back to back credit "

والإعتمادات الأصلية لا خلاف عليها فهى إعتمادات مباشرة لها شروطها وقواعدها أما الإعتمادات الفرعية فيقتضى فيها أن هناك إعتمادات أصلاً يعنى للمستفيد أن يستند إليها فى إنشاء إعتماد فرعى مستقلاً عن الإعتماد الأصلى ، فالمستفيد يستعمل مبلغ الإعتماد الأصلى كضمان أو غطاء لأصدار

إعتماد آخر هو الإعتماد الفرعى لإستيراد ذات البضاعة من منتجها أو الخامات اللازمة لصناعتها ، وهو إعتماد ذاتى الانتشار فى الولايات المتحدة الأمريكية إلا أن المستندات التى تقدم فى الإعتماد الفرعى تختلف بطبيعة الحال عن تلك التى تقدم فى الإعتماد الأصلى ، ومما هو جدير بالذكر أن موافقة البنك على إصدار إعتماد فرعى تعنى مضاعفة المخاطر التى قد يواجهها مع عميله لأن ضمان البنك الذى يركز على الاعتماد الأصلى ضمان احتمالى بحيث فقد يفاجأ بعدم قدرة المستفيد الثانى فى الإعتماد الفرعى على إتمام الشحن وتسليم المستندات بل وتحمل القيمة المستحقة من البنك ولذلك تراعى البنوك الحذر واليقظة فى الموافقة على فتح هذا النوع من الإعتمادات إذا لا تسمح بذلك إلا إذا كانت على ثقة من قدرة المستفيد الأصلى وماتنة مركزه المالى .

د - وهناك تسميات أخرى للإعتمادات المستندية كإعتمادات القابلة للتجزئة وغير القابلة لها فالإعتماد القابل للتجزئة هو

المبرم بينهما وعلاقة بين المشتري أي فاتح الاعتماد والبنك ويحكم هذه العلاقة عقد فتح الاعتماد المستندي وعلاقة بين البنك والبايع أي المستفيد ويحكم هذه العلاقة خطاب الاعتماد . ومتى قام البنك بفتح الاعتماد لصالح عميله الأمر وأخطر المستفيد بما يسمى خطاب الاعتماد فقد نشأ في ذمته إلتزاماً نهائياً بدفع قيمة الاعتماد إلى (المستفيد) متى قدم المستندات المطلوبة في خطاب الاعتماد خلال مدة صلاحية الاعتماد (٣٣) .

وهذا الإلتزام يعتبر إلتزاماً مستقلاً عن عقد البيع الذي تم أصلاً بين البايع والمشتري وهو كذلك إلتزام مستقل عن عقد الاعتماد الذي أبرمه البنك مع عميله المشتري إلا أنه رغم التسليم بإلتزام البنك على هذا النحو فقد ثار التساؤل عن طبيعته ومصدر هذا الإلتزام الذي يقع على عاتق البنك والذي يكتسب به البايع المستفيد حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه هو عقد الاعتماد ، ذلك لأن البايع هو غريب وأجنبي عن عقد

الدفع الفوري وهو الذي يتم فيه دفع قيمة الاعتماد بمجرد تقديم المستندات المتفق عليها في عقد البيع وخطاب الاعتماد وبعد فحصها من جانب البنك والتأكد من صلاحيتها ومطابقتها ، والواقع أن هذا النوع يبدو الصورة المثلى للإ اعتمادات المستندية (٣٤) وما هو جدير بالذكر أنه في جميع أنواع الإعتمادات المستندية يجب على البنك فاتح الاعتماد أن يقوم بإخطار البايع المستفيد بطبيعة الاعتماد المخصص له حتى يستطيع أن يحدد مركزه بالنسبة للمشتري كما أن البنك يفتح لعميله الاعتماد بمقتضى عقد الاعتماد المبرم بينهما طبقاً لأوامر العميل وشروطه .

الفصل الثاني

الطبيعة القانونية لإلتزام البنك بالدفع للمستفيد

تمهيد :

في إطار الاعتماد المستندي تنشأ ثلاث علاقات :

علاقة بين البايع والمشتري
أي بين المستفيد وفاتح الاعتماد
ويحكم هذه العلاقة عقد البيع

الذي يسمح فيه بتجزئة شحن البضاعة على دفعات مع سحب قيمة كل دفعة بعد تقديم المستندات المطابقة لشروط الاعتماد ويسمح هذا الاعتماد عادة في عقود التوريد الكبيرة والتي لا تتيج للبايع أن يقدم البضاعة دفعة واحدة (٣٥) أو حيث يكون من مصلحة المشتري تسلم البضاعة على دفعات أما الاعتماد غير القابل للتجزئة فهو الصورة العادية للإ اعتمادات المستندية. وهناك إعتمادات الدفع المقدم الذي يسمح فيه للمستفيد بصرف ثمن البضاعة على دفعات أو مرة واحدة قبل أن يبدأ في شحن البضاعة ودون تقديم مستندات إلا أنه يجب عليه أن يقدم المستندات المطلوبة خلال مدة صلاحية الاعتماد وهذا النوع من الإعتمادات جرى العمل عليه على وجه الخصوص في تجارة الصوف في أستراليا وجنوب أفريقيا حيث يحرر شرط الدفع المقدم أو المعجل بالماد الأحمر ولذلك جرى العمل أن تطلق على هذا النوع من الإعتمادات بشرط الماد الأحمر Redink " clause وهناك أيضاً إعتماد

الإعتماد الذي تم فيما البنك والعمل المشتري تعددت الآراء في هذا الشأن ويمكن أن نردها إلى النظريات الرئيسية التالية :

١- نظرية الوكالة :

ذهب بعض الفقهاء إلى أن التزام البنك بالدفع للمستفيد يجد مصدره وسببه في وكالة بأجر غير قابلة للرجوع من جانب البنك ويؤيدون ذلك بأن طلب فتح الإعتماد المقدم من العميل الأمر يعتبر بمثابة توكيل صادر للبنك بفتح الاعتماد ويتم تنفيذه عن طريق قبول الكمبيوتر المسحوبة عليه والوفا بها (٣٤).

وطبقاً للقواعد العامة في عقد الوكالة يلتزم الموكل بأن يدفع للوكيل جميع ما أنفق من مبالغ في سبيل تنفيذ الوكالة . ولازم هذا التكيف أن تقوم مسئولية البنك مصدر الإعتماد في إنابته مسرفاً آخر أو مراسلاً في إنهاء واقعة فتح الإعتماد إلى المستفيد وهذا ما تقضى به القواعد العامة في عقد الوكالة ، وعلى هذا الأساس إذا رخص الموكل الوكيل في إقامة نائب عنه دون

تعيين شخص هذا النائب فإن الوكيل لا يكون مسئولاً إلا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات وفي هذه الحالة يجوز للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر والواقع أن موطن الضعف في هذه النظرية هو قصورها عن تفسير الحق المباشر الذي يتمتع به المستفيد قبل البنك ، خاصة في عقد الإعتماد البات ذلك لأن الوكالة كتصرف قانوني تنصرف آثارها إلى الموكل مباشرة في حين أن الوكيل وهو البنك في عقد الإعتماد هو الذي يتحمل الإلتزام شخصياً قبل المستفيد . علاوة على ذلك فإن الوكالة هي من العقود القائمة على الإعتبار الشخصي تنتهي بموت الموكل أو إفلاسه أو فقده لأهليته في حين أن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لعقد الإعتماد والالتزام البنك الناشئ عنه .

لذا أضفنا إلى ذلك أن الأصل في الوكالة أنها من عقود التبرع وتنقضى بتنازل الوكيل عنها في تنفيذها عناية

الشخص العادي وليس هذا شأن إلتزام البنك الذي لا يقتصر إلتزامه على بذل عناية معينة ولكن بتحقيق نتيجة هي تنفيذ شروط عقد الإعتماد بينه وبين عميله ، ويسأل عن أى خطأ يقع في ذلك فإذا قبل البنك مستندات غير مطابقة لما هو وارد في عقد الإعتماد اعتبر مخطئاً وحق لعميله الرجوع عليه بالتعويض طبقاً لقواعد الوكالة بل ويستطيع العميل أن يتمتع عن الدفع للبنك لأى مبلغ يكون قد دفعه للمستفيد .

لكل ذلك فإن نظرية الوكالة لا تنهض أساساً كافياً لتأسيس إلتزام البنك بالدفع إلى المستفيد مع أنه ليس طرفاً في عقد الإعتماد ، ولذلك رفضها القضاء المصري (٣٥) .

(٢) نظرية الإشتراط لمصلحة

الغير .

وقد رأى البعض في فكرة الإشتراط لمصلحة الغير التبرير المحقول لإلتزام البنك في الإعتماد المستندي إذ يرى أنصار هذه النظرية أن الحق المباشر للمستفيد تجاه البنك ينشأ

(٤) نظرية الكفالة التضامنية ،

وقد ظهر هذا الاتجاه في البداية في حكم لمحكمة النقض الفرنسية^(٤٠) ، حيث إعتبرت أن مجرد فتح البنك إعتداداً لصالح عميله المشتري فإنه يصبح كفيلاً للمشتري في إلتزامه بدفع مبلغ الإعتداد أمام البائع ، ورهبت المحكمة في هذا الحكم أنه مجرد أن يتقدم البائع بالمستندات المطلوبة للبنك فإنه لا يستطيع أن يرجع في تعهده بالدفع أو أن يدعى أنه غير متضامن مع المشتري كي يتحلل من الإلتزام بالدفع ، خاصة إذا لم يدفع له المشتري عمولته وكل ما يملكه البنك هو الرجوع على عميله المشتري بما دفعه من مبالغ ورغم منطق هذه النظرية إلا أنه النجاح لعل قانونية مقادها أن الإلتزام البنك الناشئ عن عقد الاعتقاد هو الإلتزام مستقل تماماً عن عقد البيع أو تنفيذ في حين أن الإلتزام الكفيل هو الإلتزام تابع لإلتزام المدين الأصلي ، بحيث إذا إنتقض هذا الإلتزام الأخير لأى سبب من الأسباب أنقضى تبعاً لذلك الإلتزام الكفيل ، كما وأن

الإعتقاد الذى يبلغ به المستفيد يعتبر قبولاً من البنك للكمبيالات التى سيقوم البائع بحسبها عليه تنفيذاً للإلتفاقات السابقة بينه وبين المشتري وهو قبول منفصل يتم بمسند بعيد عن الكمبيالة^(٢٨) .

وأهم ما يوجه الى هذه النظرية من نقد أن القبول يجب أن يوضع على نفس الكمبيالة لا على ورقة مستقلة أو منفصلة عنها إلا إذا إستغرقت التوقيعات كل جزء فيها^(٢٩) .

كما وأن القبول يجب أن يكون باتاً ، غير معلق على شرط في حين أن الإلتزام البنك في خطاب الإعتقاد مقيد بتسلطه مستندات مطابقة لشروط الإعتقاد . كما وأن الحق في الإعتقاد غير قابل للمحوالة أو النقل إلى شخص آخر وذلك على عكس الحال بالنسبة للتعهد الناشئ عن القبول المصرفي الى كل من يعمل الكمبيالة كماً علاوة على أن هذه النظرية لا تصلح في حالة الإعتقاد الذى يتم تنفيذه عن طريق الدفع الفوري .

من تاريخ عقد فتح الإعتقاد بواسطة العميل الأمر ، إذا يشترط هذا الأخير على البنك التعهد بالدفع للمستفيد الذى يكتسب حقه في هذا الإشتراط رغم كونه أجنبياً عن العقد متى أعلن قبوله خطاب الإعتقاد الموجه إليه^(٣٠) .

ويكمن موضوع النقد في هذه النظرية أن المتعهد وإن كان يلتزم الإلتزاماً جديداً تجاه المستفيد إلا أنه ليس إلتزاماً مستقلاً عن علاقته بالمشترط ، حين أن الأمر يبدو مختلفاً في إلتزام البنك فهو إلتزام مستقل عن عقد الإعتقاد ولا يجوز الرجوع فيه هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن هذا الإلتزام بعيد الصلة عن إلتزامه قبل العميل الأمر ومثل هذا الإستقلال هو الضمان الأساسى الذى يكفل للبائع حقه الأكيد في الحصول على مبلغ الإعتقاد مهما طرأت تغيرات في علاقته بالمشتري^(٣١) .

(٣) نظرية القبول المسبق :

وصاحب هذه الفكرة " هنرى روسو " ومؤداهنا أن خطأ

لا الإرادة هي المصدر المباشر للإلتزامات ، فهو أى القانون هو الذى يعين أركانها وأحكامها . ويعكس فى الواقع الرد على هذا النقد بأنه ليس بلام فى القانون أن يكون المصدر القانونى هو النص التشريعى إذ يقوم بهجانه مصادر أخرى كالعرف أو قواعد العدالة ولا شك أن القواعد الخاصة بالإعتمادات المستندية تجد أساسها فى غالبية قواعد العرف التجارى المتطور فى "مادة الإعتمادات المستندية" وعلى ذلك فإنه يمكننا القول أن العرف المصرفى هو المصدر القانونى لإلتزام البنك مستنداً الى إرادته المنفردة متى أصدر خطاب الإعتماد .

والواقع أن هذا الرأى يبدو وفى نظرنا هو الرأى الأقرب إلى الصواب فى تفسير التزام البنك نحو المستفيد وهو الرأى الذى يعتنقه غالبية الفقه المصرى ^(٤٣) ، والرأى السابق هو فيما يبدو لها ما إستقرت عليه محكمة النقض المصرية ففى حكم لها تقرر أن ألتزام الذى يقوم بتشبيث إعتماد مصرفى لوفاء ثمن صفقة تمت

فمركز البنك يعتبر فى نفس مركز الواعد بجائزة يتعهد كلاًهما تعهداً مستقلاً بأداء معين ، قام به هذا الأداء وهو تقديم المستندات المطلوبة فى عقد الإعتماد والعمل المطلوب فى الوعد بجائزة ورغم صحة هذه النظرية إلا أنه يمكن أن يوجه إليها بعض الإلتقادات منها :

أن الإرادة المنفردة كمصدر أحادى للإلتزام لا يستطيع فقط إنشاء الإلتزام بل وكذلك إنهاه والحال على خلاف ذلك بالنسبة لإلتزام البنك الناشئ عن عقد الاعتماد القطعى ، إذ لا يجوز له التحلل منه لأى سبب من الأسباب متى أستلم المستفيد خطاب الإعتماد . من ناحية أخرى ، فإن الإرادة المنفردة ليست مصدراً عاماً للإلتزام فى القوانين المدنية .

وإنما هى مصدر لإنشاء الإلتزامات فى الأحوال الخاصة التى تنص عليها القوانين المذكورة كالوعد بجائزة أو مكافأة أو ما شابه .

وبالتالى يصبح القانون

الكفيل ولو كان متضامناً فإنه يستطيع أن يتمسك فى مواجهة الدائن بالدفع التى كان يحق للمدين الأصلي أن يتمسك بها . والحال على خلاف ذلك تماماً بالنسبة للبنك حيث يتمتع عليه الإحتجاج فى مواجهة المستفيد بالدفع الناشئة عن علاقة المستفيد بعميله المشتري وهو ما ينكره الفقه والقضاء ^(٤٤) ، علاوة على ذلك فإن جوهر هذه النظرية يتنافى وقواعد الكفالة التى تقضى بضرورة قيام الكفيل بإخطار المدين قبل أن يقوم بالوفاء . للدائن وإلا سقط حقه فى الرجوع على المدين ، وفى الإعتماد المستندى لا يلزم البنك من إخطار عميله المشتري قبل الوفاء . للمستفيد بل ويظل البنك ملتزماً بالوفاء حتى ولو عبأرض المشتري الآخر بالإعتماد .

(٥) نظرية الإرادة المنفردة :

ويرى أنصار هذه النظرية أن التزام البنك بالدفع للمستفيد رغم أنه أجنبى عن عقد البيع المهرم بينه وبين المشتري يجد أساسه فى إرادته المنفردة بمجرد إصداره لخطاب الإعتماد ^(٤٥) .

فيما بين البائع والمشتري .

وفى حكم حديث لمعركة النقص تقر ذات المعنى السابق بالقول بأن قيام البنك بفتح اعتماد اللقواء بثمن صفقة بين تاجرين ، لا يجوز إعتباره كفيلاً أو وكيلاً عن المشتري فالإتزام البنك التزم مستقل عن العقد القائم بين البائع والمشتري ويرتب على ذلك وجوب وفاء البنك بقيمة الإعتداد متى تطاقت مستندات البائع تمام مع شروط فتح الإعتداد دون أدنى سلطة فى التقدير أو التفسير أو الاستتاج (٤٣) .

الفصل الثالث

**التزامات البنك تجاه عميله
وتقدير مدى مسؤوليته**

مقدمة :

يشترى عقد الإعتداد المستند وما يرتبط به من خطاب الإعتداد التزامات عديدة على عاتق كل من البنك والعميل الأمر بفتح الإعتداد من جهة ، والمستفيد من جهة أخرى .

وهذه الإلتزامات تختلف فى مصدرها بالنظر إليها من عدة

لا يتأثر بما حدث بعد ذلك من إلزام السلطات البريطانية للطاعة أيا كان السبب - بإعادة شحن البضاعة المبعة الى مصر إذ أن علاقة البنك المظنون ضدّه الأول - بالطاعة المفتوح لمصلحتها الإعتداد منفصلة عن علاقته بعميله المشتري كما أنها منفصلة عن علاقة هذا العميل بالطاعة البائعة فهو ونشأته فى الرجوع عليها بما عسى أن يكون له من حقوق ناجمة عن عقد البيع لما كان ذلك ، وكان الحكم المظنون فيه قد خالف هذا النظر فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون مصدر التزم البنك فى رأينا ، هو اصدار البنك لخطاب الاعتماد وإخطار المستفيد به والبنك عندما يقوم . بهذه العملية يهدف بها الى بحث الثقة لدى الطرفين لأبرام العقد بينهما تسهيلات للمعاملات التجارية وخلق الائتمان وذلك بعيداً عن نظريات القانون المدنى التى لا يصلح أى منها لتفسير التزم البنك بالدفاع للمستفيد رغم أنه أى البنك غريب عن العقد الذى يربط

بين تاجرين لا يعتبر وكيلاً عن المشتري فى الوفاء للبايع بقيمة الإعتداد كما لا يعتبر ضامناً أو وكيلاً يتبع التزم عميله المشتري بل يعتبر التزمه فى هذه الحالة إلتزاماً مستقلاً عن العقد القائم بين البائع والمشتري يلتزم بمقتضاه الوفاء بقيمة الإعتداد متى كانت المستندات المقدمة إليه من البائع المفتوح لمصلحته الإعتداد مطابقة تماماً لشروط الاعتماد ، لما كان ذلك وكان بين من مدونات الحكم المظنون فيه أنه أقام قضاءً على أنه وإن كانت المستندات التى قدمتها الطاعة الى البنك - المظنون ضدّه الأول - مطابقة تماماً لشروط فتح الإعتداد إلا أنه لا يصح لها المطالبة بقيمة الإعتداد طالما . قد إستردت البضائع المبينة وأعادت شحنها الى مصر لما يترتب على ذلك من تعذر تسليم البنك مستندات الشحن وهذا من الحكم خطأ تطبيق القانون ذلك أنه وقد نشأ للطاعة حق فى صرف قيمة الاعتماد بتقديدها المستندات المطابقة لشروط فتح الإعتداد ، فإن هذا الحق

أوجه فهي تجد سببها في عقد الاعتماد بالنسبة الى العميل الأمر والبنك ، وفي خطاب الاعتماد بالنسبة للمستفيد في مواجهة البنك وهكذا فالبنك في عقد الاعتماد المستندي يكون له دوران كل دور منها مستقل تام الاستقلال عن الآخر ، دوره في مواجهة عميله ودوره في مواجهة المستفيد ، ولذلك فإن التزامات البنك في مواجهة عميله أو في مواجهة المستفيد تعتبر من أهم الآثار التي يترتبها عقد الاعتماد اذا يترتب على الخطأ في تنفيذها أو مجرد الإهمال فيها قيام مسؤوليته .

ولسكن هذا لا يعنى أن العميل لا يسأل في مواجهة البنك متى أبرم الاعتماد ، فيجب عليه ، أى على العميل أن يبقى على أوامره التي أصدرها للبنك فلا يرجع فيها حتى لا يسبب ضرراً للبنك في مواجهة المستفيد ، ذلك لأن القاعدة أن البنك متى أصدر خطاب الاعتماد وأخطر به المستفيد فلا رجعة بحسب الأصل فيما التزم به في مواجهته . (٤٤)

كما وأن العميل يلتزم قبل البنك بدفع العمولة المتفق عليها بمجرد فتح الاعتماد بل وقبل أن يقوم البنك بإخطار المستفيد بخطاب الاعتماد لأن هذه العمولة هي مقابل الخدمة التي يقوم بها البنك في احتجازه مبلغ الاعتماد في خزائنه واستعداده لهذا التنفيذ .

وأخير فإن العميل عليه واجب تحديد المستندات المطلوبة من المستفيد بدقة ، فهذه المستندات هي محور الاعتماد وعليها تدور أحكامه وشروطه . وبطبيعة الحال فإن العميل يتوجب عليه دفع قيمة الاعتماد والمصاريف التي تكبدها البنك في سبيل تنفيذه ، وإلا حق للبنك حبس المستندات المثلثة للضاعة بالطرق القانونية الكفيلة بتحصيل حقوقه ، ذلك لأن البنوك تتعامل بالمستندات وليس بالبضائع فهي بصفة عامة لا خبرة لها أو معرفة بمعادات التجارة أو بالأعراف السائدة فيها ، وحتى ولو كان لديها هذا العلم فهي ممنوعة من تحليل أو تقييم المستندات على حث

الخبرة أو العرف السائد . ونظراً لأهمية التزامات البنك من الناحية العملية فأننى سأتناولها بشئ من التفصيل ثم أعرض بعد ذلك لمدى مسئولية البنك إذا أخطأ في تنفيذ أى من هذه الإلتزامات وذلك في مبحثين على التوالي :

المبحث الأول : تنفيذ شروط

عقد الاعتماد المستندي حسب تعليمات العميل .

المبحث الثاني : تحسّم

المستندات التي طلبها العميل وفحصها لمطابقتها مع شروط عقد الاعتماد وسوف أبين كل هذين اللتزامين تباعاً على الوجه التالي :

المبحث الأول

الإلتزام بتنفيذ شروط عقد الاعتماد :

متى أبرم البنك عقد الاعتماد المستندي مع عميله ترتب عليه إلتزاماً حال وعاجل ويمثل ذلك بإرسال خطاب الاعتماد وإبلاغه للمستفيد ، ولا تبرأ ذمة البنك في تنفيذ هذا الإلتزام قبل عميله إلا من تاريخ وصول

الخطاب المستفيد بإرساله اليه وقبل هذا لإرسال فلا يملك العميل وسيلة لإجبار البنك في تنفيذ هذا الإلتزام^(٤٤).

وهذا الخطاب عبارة عن صك يخطر فيه البنك المستفيد بأنه لنح اعتماداً بضمان المستندات التي يقدمها والتي والتي يحددها له البنك وأنه يقبل الكمبيالات التي يسحبها عميله في حدود مبلغ الإعتقاد ، أو أنه على إستعداد للدفع له نقداً أو التحويل لحسابه وبهذا الإلتزام يستطيع الاعتماد المستندى أن يقوم بدوره الأساسي في تنمية التجارة الخارجية وذلك بتوفير الثقة والإطمئنان لدى البائع وتأمين حقه في الحصول على الثمن وبشرط أن يتم كل ذلك في خلال مدة صلاحية الإعتقاد ، والبنك في هذه الحالة ينفذ تعليمات العميل الأمر مع ملاحظته أنه لا شأن للبنك بعقد البيع المبرم بين عميله والمستفيد أو شروطه فهو غريب عنه ولا شأن له به ، بمعنى أن الإلتزام البنك بقيمة الإعتقاد المستندى

مستقل تماماً عن العقد القائم بين فافع الاعتماد والمستفيد أى بين المشتري والبائع^(٤٥).

وإذا لم يلم البنك بأصدار خطاب الإعتقاد وإبلاغه للمستفيد أو قام بالإخطار متأخراً أو كانت الشروط التي أخطر بها المستفيد غير تلك المنصوص عليها في عقد الإعتقاد ترتبت مسؤولية البنك تجاه عميله ونشأ لهذا الأخير حقاً ثابتاً يتمثل في نسخ العقد مع المطالبة بالتعويض ، ويقدر التعويض في هذه الحالة طبقاً للقواعد العامة والتي غالباً ما تقتضى بأن يكون التعويض شاملاً للخسارة الواقعة والكسب الفائت طالما أن الضرر الحادث كان نتيجة طبيعية لتخلف البنك عن الوفاء بالإلتزامه ، فالبنك يعتبر قد أخلف بالإلتزاماته إذا كان (بعد فتح الاعتماد) قد رفض الدفع للمستفيد رغم أن البنك لم يرفض المستندات واستند في ذلك إلى أنها غير موافقة لتعليمات الأمر أو أنها غير موافقة لشروط الصلقة لأن

ذلك يخالف ما سبق وأن أبلغ العميل به في خطاب الاعتماد^(٤٦) وعلى العكس من ذلك فإن المسؤولية لا تترتب على البنك إذا كان الخطأ راجعاً الى عدم دقة تعليمات العميل وهذا ما تقتضى به المادة ١٤/أ/ب من الأصول والقواعد الموحدة لسنة ١٩٧٤ والتي حلت محلها القواعد الجديدة لسنة ١٩٨٣ والتي عمل بها إعتباراً من أوائل شهر تشرين الأول لعام ١٩٨٤.

وعادة ما يحدث أن يقوم البنك بأخطار المستفيد بخطاب الإعتقاد ولكن بشروط أكثر يسراً له ، كما لو جعل مدة الإعتقاد أطول مما هو متفق عليه مع العميل أو تجاوز عن بعض المستندات ، معتقداً عدم أهميتها للعميل ، وفي هذه الحالة يعتبر البنك ملتزماً بهذه الشروط أمام المستفيد لأنه أخطره بها ولكن لا يعتبر في الوقت ذاته أنه نفذ عقد الإعتقاد مع عميله كما ينبغي ، وتقوم مسؤوليته تجاهه ويكون من حق العميل أن يرفض المستندات إذا لم تكن مطابقة لما طلبه

ولا يحق للبنك مطالبة عميله بالعمولة أو المصروفات الأخرى في هذه الحالة . وهذا ما تقضى به المادتين ٢٢ / أ ، ب ٢٣ من الأصول والقواعد الموحدة ^(٤٨) .

المبحث الثاني

الإلتزام بتسليم المستندات وفحصها

تعتبر عملية إستلام البنك للمستندات التي طلبها العميل من البائع المستفيد وفحصها للتأكد من مطابقتها لتعليمات العميل الأمر من أخطر التزامات البنك وأدقها ، وحولها تدور كافة المشاكل في الحياة العملية ، ذلك لأن البنك لا تقدم له بضاعة وإنما مجرد مستندات تمثل هذه البضاعة ، ويحصل البائع على قيمتها بالنظر الى هذه المستندات ويصرف البنظر عن وصول البضاعة إلى المشتري وتحققه من مواصفاتها أو مطابقتها للشروط التي التزم بها البائع قبله ، ولذلك تبدو المستندات ودقة فحصها هي الوسيلة الوحيدة للتأكد من سلامة البضاعة قبل معابقتها ومن هنا

تبدو أهمية هذا الفحص . كما يكشف عن أهمية هذا الإلتزام أن القضايا التي أثبتت أمام المحاكم تتعلق بإخلال البنك بهذا الإلتزام ولذلك يتوجب على البنك التحقق من مطابقة المستندات لتعليمات العميل الأمر بفتح الاعتماد وهي مطابقة كاملة وحرفية بحيث لا يكون للبنك بصدها أدنى سلطة في التقدير أو التفسير فإذا تبين للبنك عدم مطابقة هذه المستندات لتعليمات العميل الأمر فعليه رفضها مع إخطار الأمر فوراً بأسباب الرفض ^(٤٩) .

وهذا الرفض للمستندات يتوجب كذلك دوماً نظر للبضاعة أو تقييم للمستندات المثبتة لها ^(٥٠) ، وعلى العميل في هذه الحالة أعلام البنك له بوجود مخالفات في المستندات لشروط فتح الاعتماد وعليه أن يبدى رأيه بكل صراحة ووضوح ، فهو إما أن يقبل المستندات كما هي أي مع وجود مخالفات وبالتالي يوافق على التخفيض على البضاعة وإستلامها أو يرفض المستندات وبالتالي

يرفض إستلام البضاعة . وعلى فاتح الاعتماد أن يبدى رأيه في أسرع وقت ممكن وألا يتراخى في الإعتراض على المستندات وإلا أعتبر مسؤولاً والمعنى السابق هو ما ذهبت إليه أيضاً محكمة التمييز الأردنية في أحد أحكامها بالقول إذا استلمت الشركة فاتحة الإعتماد المستند من البنك وطلبت إليه تقسيط رصيد مبلغ الإعتماد ووافق البنك على ذلك كما أن وكيلها وافق على تسليم الثمن المحفوظ في صندوق المحكمة للبنك بعد أن بيعت البضاعة خشية التلف ، فإن هذه التصرفات تشكل إقراراً . من الشركة بمسئوليتها عن دفع رصيد الإعتماد تجاه البنك وعن نزولها عن المطالبة بالمستندات الناقصة " ومن المبادئ التي أستقر عليها الفقه والقضاء أن البنك لا يكون مسؤولاً إذا كانت الشركة فاتحة الإعتماد قد تراخت في الإعتراض على المستندات التي تسلمتها من البنك ^(٥١) . وعلى هذا الأساس تقوم مسؤولية البنك في مواجهة عميله الأمر إذا لم يطالب البائع

المستفيد بالمستندات أو لم يتحقق منها وفقاً لتعليماته وفروطه أو قبل المستندات بعد إنتهاء مدة الإعتماد أو لم يتم بإخطار البائع بهذه الشروط في خطاب الإعتماد .

وحول موضوع الإلتزام بتسليم المستندات وفحصها ، لابد من بحث مسألتين تتعلق الأولى بالمستندات المطلوب من البنك فحصها وتتصل الثانية بالمعايير المتبعة في الفحص .

الفرع الأول

المستندات المطلوب من البنك

أولاً

تلعب المستندات دوراً بالغا في الإعتمادات المستندية ، فعملها تدور أحكامه وهي محور ... العلاقات التي تنشأ بين أطرافه ويتقيد البنك بتعليمات العميل في هذا الصدد - فلا يجوز إستلام مستندات إلا تلك التي طلبها العميل والمحددة في عقد الإعتماد والتي أبلغ بها المستفيد في خطاب الإعتماد ، فإذا لم يحدد العميل مستندات معينة فإن البنك يكون قد

أوفى بالتزامه بتسلم المستندات من المستفيد متى كانت هي تلك المستندات التي استقر عليها العرف التجاري في البيع " سيف " وهي :

(١) سند الشحن .

(٢) بوليصة التأمين .

(٣) فاتورة المبيع .

(٤) شهادة المنشأ . (٥٢)

ولهذه المستندات الأربعة تعتبر المستندات الرئيسية والجوهرية في كل صفقة ومن النادر أن يخلو أي عقد منها ، لأنها تشكل الحد الأدنى للمستندات التي يقدر المشتري أنها لازمة لإثبات قيام البائع بتنفيذ إلتزاماته بموجب عقد البيع المبرم فيما بينهما .

١- سند الشحن :

يقصد بسند الشحن أو بوليصة الشحن الإيصال الدال على أن الرهان تسلم البضاعة وصفاً وكماً والمثبتة به على السفينة بعدم تمام شحنها ، وعلى ذلك فإن هذا المستند تبدو أهميته في أن حيازته تعد حيازة حكمية للبضاعة في حد ذاتها وبه يمكن تسلم البضاعة

من الناقل البحري بإعتباره مالكا لها ، بل والتصرف في البضاعة قبل وصولها وذلك برهنها أو بيعها ، وسند الشحن يظل المستند الطبيعي الذي لا يخلو منه الاعتماد المستندي سواء أكان النقل برأ أم بحراً أم جواً فهو يشبه عقد النقل وحيازته بل وحيازة البضاعة كما سبق البيان ، ولكن لا يجوز قبول سند شحن ثابت فيه " البضاعة مشحونه على السطح مالم يصرح الإعتماد بتقبله " م ٢٨ من الأصول والقواعد الموحدة (٥٣) .

كما لا يجوز تغيير وسيلة النقل في الطريق وعلى البنوك أن ترفض ذلك طبقاً لما تقضى به (المادة ٢٩) من الأصول والقواعد الموحدة كما لا يقبل سند شحن ورد فيه أن البضاعة شحنت على مسئولية الشاحن حتى ولو كانت البضاعة مما جرت العادة بشحنها على السطح (٥٤) ويجب أن يكون سند الشحن نظيفاً خالياً من أى تحفظات سواء تعلقت بحالة البضاعة أو كميتها أو طريقة تغليفها وإلا فقد حججه ضد

الناقل ، وعلى حامل السند أن يقيم الدليل على ما يدعيه ، وعلى البنوك أن ترفض سند الشحن غير النظيف وأن ترفض ذلك الذي به تحفظات ^(٥٥) ، وقد أشارت المادة ٣٤ من الأصول الموحدة إلى سند الشحن النظيف بأنه السند الذي لا يحمل أى شرط مضاف أو أية تأشيرة تعلن صراحة عيباً في البضاعة أو في تعبئتها .

وتختلف سندات الشحن النظيفة عن السندات المعتادة وهي التي بها شروطاً مضافة أو بعض تحفظات فهذه الأخيرة ليست بالضرورة نظيفة في معنى (المادة ٣٤) من الأصول الموحدة ويترجم على البنوك رفضها ما لم يكن مصرحاً له بقبولها فالسند المعتاد ولو كان مقبولاً في عادات التجارة التي تختلف في مجارة عنها في الأخرى لا يكون نظيفاً .

وقد يكون سند الشحن نظيفاً ولكن يرفض لسبب آخر كأن يتضمن أن أجرة النقل دفعت بشيك أو كان به من

الشروط المطبوعة كتلك التي تتضمن مثلاً أن تقدم كل مطالبه ضد الناقل في ميناء التسليم ^(٥٦) ، ولا يجوز للبائع أن يخالف شروط الاعتماد فإذا قام بشحن البضاعة من ميناء غير الميناء المنصوص عليه في تلك الشروط وجب رفض سند الشحن وفي ذلك تقرر محكمة النقض على أنه لما كان الشرط الذي يحدد ميناء الشحن هو من الشروط التي يجب مراعاتها وفقاً لما جرى عليه العرف التجاري في هذا الخصوص فإن الحكم إذا قرر أن البنك محق في عدم صرف قيمة الاعتماد حين خالف المستفيد ذلك فإنه لا يكون قد أخطأ في القانون ولا خالف العرف في هذا الشأن ^(٥٧) .

٢- وثيقة التأمين :

تقتل وثيقة التأمين عنصراً لا غنى عنه ، تكمل سند الشحن ، فهذا المستند هو وسيلة المشتري في الحصول على التعويض المعادل لثمن البضاعة إذا هلك أو تلفت أو كان بها نقص قبل التسليم ، ووثيقة

التأمين الأكثر ملائمة لمصالح العميل هي التي تمكنه من التعامل على البضاعة عن طريق تداول مستنداتهما ومن ثم يجب أن تكون إذنية أو لحاملها ، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن تكون الوثيقة أسمية والأصل فيما يتعلق بالاعتمادات المستندية أن يقتيد البنك بتعليمات عميله في شروط الاعتماد دون محاولة تفسيرها ، فإذا طلب العميل في شروطه تقديم وثيقة تأمين تعين على البنك أن يرفض أى مستند آخر كشهادة التأمين أو وثيقة تأمين جماعية . إذ يجب أن تكون وثيقة التأمين التي يقدمها البائع للبنك مطابقة لما هو مطلوب في الاعتماد وإلا كانت مرفوضة وفي ذلك تقرر المادة ٣٥ من الأصول الموحدة " بأن تكون وثائق التأمين كما هي محددة في الاعتماد " ، وعلى أى حال يجب أن تكون الوثيقة ظاهرة الصحة بمعنى أن يكون فحصها في الظاهر كاشفاً عن كونها ملزمة ونافذة في حق المؤمن وإلا تعين على البنك أن يمتنع عن الدفع ورفض المستند المثلث لهذا التأمين .

ويجب أن يبين في الوثيقة تاريخ صدورها ونوع البضاعة المؤمن ضدها والمدة التي يغطيها التأمين من مكان الشحن حتى مكان الوصول وكذلك قسط التأمين .

كما يجب أن تكون الوثيقة قابلة للتداول بالطرق التجارية (١٨) ، ويجب أن تحدد وثيقة التأمين المخاطر المغطاة بالنظر إلى مدة التأمين والقيمة المؤمنة والمخاطر التي يضمنها المؤمن ، وهذا ما تضمنته (المادة ٣٦) من الأصول الموحدة وعلى ذلك فإن التأمين يلزم أن يغطي كامل رحلة البضاعة ، وأن يكون صادراً بنفس العملة المبينة في الإعتقاد ، وإذا قدمت وثيقة تأمين تحمل عبارة "all risks" أي تعطى كافة الأخطار فإن (المادة ٣٩) من القواعد المحددة تجهيز للبنوك قبولها ، دون أي مسئولية عن مخاطر غير مغطاة .

٣ - الفاتورة :

وهي المستند الذي يتضمن جميع التفاصيل الخاصة بالبضاعة ومواصفاتها وميزاتها

وعلاماتها التجارية إن وجدت وكميتها وسعر الوحدة منها وبیان مصروفات الشحن وأجرة النقل وأقساط التأمين ، فضلاً عن اسم المشتري والمرسل إليه . ولكي تكون الفاتورة لما تتطلبه الجمارك في بلد البائع فإن المشتري غالباً ما يطلب ما يسمى " بالقانون القنصلية " التي تصدق عليها القنصلية المختصة بقصد التأكد من مصدر البضاعة وغالباً ما تضاف إليها شهادة بالنوعية Certificat d'agregation وهي تصدر من شركات متخصصة في فحص نوعية البضاعة وتسمى بشركات الرقابة (١٩) ، و طبقاً لنص (المادة ٤١) من الأصول الموحدة فإن الفواتير التجارية يجب أن تكون محررة بإسم الأمر وأن يكون وصفها في الفاتورة مطابقاً للوارد في الإعتقاد .

٤ - شهادة المنشأ :

وهي شهادة قنصلية تثبت أن البضاعة المشحونة هي من إنتاج الدولة التي شحنت منها ، فهي

التي تثبت مصدر البضاعة ولا تحمل محلها وسيلة أخرى متى أشتراط تقديمها في عقد الإعتقاد . وهذه الشهادة من الضرورة بكان طلبها من قبل العميل ، عند فتح الإعتقاد المستندي ، وهي من المستندات الواجب الحصول عليها لغايات التخليص على البضاعة حيث يبين فيها المستفيد (مصدر البضاعة) أي أن البضاعة هي منشأ البلد الذي صنعت فيه البضاعة ، ويحتج تشهد على هذه الوثيقة السلطات الرسمية للبلد الذي يقيم فيه المستفيد ، أو تصدر من السلطات السياسية (الدبلوماسية) للبلد الذي تشحن إليه البضاعة .

هذه الشهادة تثبت للسلطات الجمركية في البلد الذي سيتم فيه التخليص على البضاعة بأن تلك البضاعة غير ممنوع دخولها للبلد المشحونة إليه ، ذلك لأن هناك مقاطعة بين بعض البلدان ، ومن شأن هذه المقاطعة أن يمنع إستيراد أو تصدير أية بضاعة إذا ما وجدت مقاطعة بين بلدين من البلدان ، ولهذا الغاية وحتى يتم التأكد من أن بضاعة

ما مسموح باستيرادها فإنه يطلب عادة من المشتري الحصول على شهادة منشأ تفيد اسم البلد الذي صنعت فيه البضاعة .

فمثلاً أى مشترى فى بلد عربى مثلاً يتوجب عليه الحصول على شهادة منشأ تفيد أن البضاعة تم تصنيعها فى بلد غير إسرائيل أو من شركة لا تتعامل مع إسرائيل أو ليست على القائمة السوداء . وذلك لغايات التخليص على البضاعة بعد وصولها إلى الوصول .

المبحث الثانى

معايير فحص المستندات

المقدمة للبنك

فشل المستندات فى عقد الاعتماد أهمية قصوى فهى الدليل العلمى على تنفيذ البائع لإلتزامه وبها يدفع له البنك مبلغ الاعتماد ويستطيع المشتري أن يتسلم البضاعة ولذلك يقع على عاتق البنوك إلتزاماً جوهرياً فى القيام بفحصها للتحقق من مطابقتها وشروط عقد الاعتماد .

وهنا أود أن أشير الى أساسيات تتحكم فى قيام البنك بواجب فحص هذه المستندات :

أولاً :- مراعاة البنك لتعليمات العميل بدقة :

يجب على البنك مراعاة تعليمات عميله الأمر بكل دقة ، بالتزام البنك كما يعبر عنه الشارح فى هذه الحالة هو التزام حرفى وهو بذلك يتوقى ميل العميل الى التحلل من الإلتزاماته فيتمسك بأى تجاوز من جانب البنك بغية رفض البضاعة ، وحرية التنفيذ تتفق ومصلحة المشتري لأنه وأن ينفذ تعهده أمام البائع وفقاً لشروط عقد البيع المبرم بينهما فإذا أخطر البنك البائع بإعتماد مغالط لشروط عقد البيع المبرم بينه وبينها المشتري تعرض هذا الأخير للمسئولية أمام البائع وبحق لهذا الأخير أن يطلب فسخ عقد البيع معه .

يضاف الى ذلك أنه لا شأن للبنوك بوزن البضاعة أو كميتها أو طريقة تغليفها فهى لا تتعامل إلا بالمستندات المثلثة لها وعلى هذا الأساس فإن البنك لا يسأل اذا كانت المستندات المقدمة مطابقة فى ظاهرها للتعليمات التى تلقاها من الأمر فائق الإعتماد والمطابقة المطلوبة هى المطابقة

التامة "Strict" للتعليمات المعطاة من العميل الأمر ، ويلزم أن يكون كل مستند سليماً فى حد ذاته وبياناته وما يجب أن يحمله من توقيعات وفى تاريخه (١٠) ، كما يجب على البنك أن يطمئن الى السلامة الظاهرية للمستندات فلا يتجاوز عن عيب شكلى بها ظاهر للعين وان كان لا يجوز له أن يتحقق من صدق الورقة أى صحتها من محررها ، وتطبق المحاكم عادة قاعدة التنفيذ الحرفى لشروط العميل بصراحة فلا يجوز للبنك أن يقبل مستنداً إلا إذا كان متطابقاً وتعليمات عميله (١١) ، فعلى سبيل المثال اذا تطلب خطاب الاعتماد تقديم البائع المستفيد لمستندات عن شحنة سكر مثلاً بإسم (سكر بلورى أبيض) فلا يجوز قبول مستندات لا تطابق ذلك كانت عن ذات البضاعة وإلا قامت مسئولية البنك ، وهذا ما قضى به فى قضية تخلص وقائعها بأن العميل الأمر بالإعتماد طلب فى خطاب الإعتماد سند شحن به سكر بلورى أبيض ، بينما سند الشحن الذى قدم للبنك جاء فيه عبارة " سكر " فقط

فرضه البنك وامتنع من دفع مبلغ الإعتماد وقد أيدت المحكمة البنك في ذلك إعتباراً بأن البنك يتقيد بمواصفات عميله الواردة في عقد الإعتماد لا شأن له بعقد البيع المبرم بين العميل والمستفيد^(٩٢) ، وذلك لأن التزام البنك هو إلزام مستقل عن عقد البيع المبرم بين العميل والمستفيد "البائع والمشتري"^(٩٣) هذا التفسير الضيق لشروط خطاب الإعتماد هو الضمان الوحيد الذي يكفل لطرفي الصفقة قدراً من الأمان ويستبعد من طريق البائع المستفيد كل الدفوع الأجنبية عن المستندات^(٩٤) يتضح مما تقدم ، أنه يجب أن تكون المستندات سليمة من حيث ظاهرها ومطابقة لشروط خطاب الإعتماد المستندي ، حتى ولو كانت هذه الشروط غير واردة في عقد البيع بين المشتري والبائع أى بين فاتح الإعتماد والمستفيد . كما يتعين أن تكون المستندات متطابقة فيما بينها ، والمطابقة المطلوبة هي المطابقة التامة " Strict " وليس هناك مجال للمستندات أخرى تؤدي

نفس الغرض ويكون البنك مسؤولاً أن لم تكن هذه المستندات كذلك ، وحتى لو كان التناقض أو عدم التشابه شكلياً وعليه فإنه يحق للبنك رفض المستندات أو قبولها بتحفظ إذا وجد بعض البيانات الواردة في بوليصة الشحن تختلف عن تلك الموجودة في الفاتورة على سبيل المثال ، وعلى ذلك فإن البنوك هي في سبيل تنفيذها لتعليمات العميل كما هي واردة في عقد الإعتماد يجب عليها أن تقصر الفحص على المستندات ذاتها دون الجوء الى عناصر خارجية ولهذا الغرض تنص (المادة ٤) من الأصول والقواعد الموحدة لسنة ١٩٨٣ على أنه يتم التعامل بالمستندات ذاتها وليس بالبضائع ، ومبدأ قصر الفحص على المستندات . ومراعاة تعليمات العميل بدقة مستقر عليه فقهاً وقضاً^(٩٥) .

ثانياً : ان تقوم البنوك بواجب الفحص بعناية معقولة خلال أجل معقول :-

التجارة قوامها السرعة والإحتمان ولا يتأتى تنفيذ ذلك ؛

ما لم تقم البنوك بتنفيذ التزامها بالفحص خلال أجل معقول " ماده ١٥ ، أ / ب من الأصول الموحدة " حيث تنص (المادة) من الأصول على أنه يجب على البنوك أن تفحص المستندات بعناية معقولة للتأكد من أنها تبدو في ظاهرها بمطابقة لنصوص وشروط الإعتماد . أما (المادة ١٦ ب) فتتص على أنه إذا أعتبر البنك المصدر عند تسلم المستندات أنها لا تبدو في ظاهرها مطابقة لنصوص وشروط الإعتماد فيجب عليه أن يقرر على أساس من المستندات وحدها وما إذا يقبل المستندات أو يرفضها بوصفها لا تبدو في ظاهرها مطابقة لنصوص وشروط الإعتماد . وواضح من النصين سالف الذكر أنه يجب على البنوك أن تبادر الى القيام بعملية الفحص فور تسلمها للمستندات وإذا أقتضى الأمر أن يرجع البنك الى عميله لحسم أمر مستند معين قبولاً أو رفضاً فيجب أن يتم ذلك على وجه السرعة^(٩٦) ، ولكن ما هي المدة المعقولة التي يجب أن يتم

خلالها الفحص من جانب
البنك .

لم تحدد القواعد الموحدة مدة محددة .. وإذا تركت ذلك الظروف كل حالة على حدة ، ومع ذلك فيرى ذلك البعض (٦٧) أن المدة المعقولة للفحص هي خمسة أو ستة أيام من تاريخ إستلام البنك للمستندات أما أكثر من ذلك فتعتبر مدة طويلة . ولكننا نرى العكس وذلك بترك الأمر لظروف كل حالة على سواء بالنظر الى عدد المستندات المقدمة للبنك أو كونها بلغت محتاج الى ترجمة لها أو بالنظر الى الفترة المتبقية على وصول الباخرة أو البضاعة وما إذا كان العميل الأمر يهمه سرعة فحص المستندات لسوء علاقته بالمشتري ... فالأمر إذا مرجعه تقدير البنك وهو على أي حالة تاجر محترف لأصول المهنة ، ويجب على البنك إذا رفض المستندات لعب فيها أن يخطر بذلك البنك الوسيط الذي أرسل اليه المستندات أو المستفيد إن كان قد تسلمها منه مباشرة كما يجب أن يعيد المستندات دون تأخير (٦٨) .

ثالثاً : رفض المستندات إذا تم تقديمها بعد المدة المحددة في عقد الاعتماد :

يتوجب على البنك رفض المستندات إذا قُبلت من المستفيد بعد المدة المحددة في الاعتماد المستندي لأن المشتري قد يكون راعياً بإستلام البضاعة في موعد معين ليقيم بتسويقها وبيعها خلال فترة معروفة لديه ، وإذا ما تأخر وصول البضاعة نتيجة للتأخير في تقديم المستندات فإن المشتري فافع الاعتماد قد يتضرر من جراء هذا التأخير كأن تصل البضاعة في غير موسمها أو أنها تصل بعد إنتهاء مدة عطاء ما ، مما تنتفي معه المصلحة للمشتري في إستلام البضاعة بعد فوات المدة المحددة للمستفيد والمذكورة في الاعتماد المستندي ، وإذا قبل البنك المستندات رغم ذلك فإن ذلك يربط مسئوليته قبل عميله بل ويجوز أن يتمتع من دفع قيمة الاعتماد مع مطالبة البنك بالتعويض إن كان لذلك مخلصاً (٦٩) .

وفي النهاية فإنه يشور تساؤل هام خلاصته بيان ما إذا

كان التزام البنك عند قيامه بفحص المستندات التي تقدم إليه هو التزام بنتيجة ، أي تقديم مستندات مطابقة لما طلبه العميل في عقد الاعتماد ، قائل في ظاهرها المستندات المطلوبة أم هو التزام ببذل عناية ، هي قيامه بالفحص بدقة وبذل أقصى عناية في ذلك ...

تفاوتت آراء الفقه بين الرأيين السابقين إذ يرى البعض (٧٠) أن التزام البنك بفحص المستندات لا يصل الى حد إعتباره إلتزاماً بتحقيق غاية أو نتيجة بل هو التزام ببذل عناية الرجل الحرص لأن دقة العرف المصرفي وخبرة البنك والتزامه بالتشدد في مراعاة تعليمات عميله بكل دقة توجبان عليه أن يكون حريصاً غاية الحرص في فحص المستندات ، وطبقاً لهذا الرأي فإن البنك لا يسأل متى قام بواجب الحرص والعناية اللازمين عند قيامه بالفحص حتى ولو تبين فيما بعد أن بالمستندات عيب ينال من سلامتها ، والواقع أن هذا الرأي لا يمكن التسليم به لأن معيار الرجل الحرص هو معيار مرن يختلف من حالة لأخرى (٧١) إذ يكفي

القواعد العامة وذلك باختصاص المحكمة وتطبيق قانون محل التنفيذ طبقاً لنص المادة (٣٠) من قانون المرافعات^(٧٤).

خاتمة

وأبنا فيما سبق أن الإعتمادات المستندية تشمل إحدى وسائل دعم الإئتمان في مجال التجارة الدولية ، وهي في الوقت ذاته وإحدى وسائل بث الثقة وتوفير الأمان بين طرفي البيع الدولي ، وكل ذلك بفصل الدور الخطير الذي يقوم به البنك لتنظيم عملية دفع ثمن البضاعة وتسليم مستنداتهما متى تحقق من توافر شروطها كطرف محايد يؤمن كل من طرفي الصفقة ضد أى مخاطر تلحق به من الجوانب الأخر . فالبنك لم يعد ذلك الوسيط الذي يحمل رغبات كل من طرفي الصفقة بل أن دوره أصبح إيجابياً فهو المنظم والمستول عن تنفيذ قواعد تسوية ثمن البضاعة بين طرفي العلاقة ، وإذا كانت العلاقة بين البنك والعميل تنشأ من عقد الإعتماد الذي ينعقد بين البنك والأمير ويلتزم البنك بالدفع متى أرسل خطاب الإعتماد الى المستفيد طبقاً للشروط التي

البنك يقتصر على تقديم مستندات للعميل يكشف ظاهرها عن صدقها ونفاذها وهذا ما تقرره المادة (١٧) من الأصول الموحدة بقولها بأن البنوك لا تتحمل أية تبعه أو مسئولية عن الشكل أو الكفاية أو الدقة أو الصحة أو التزوير .

على هذا الأساس ، فإن مسؤولية البنك تقوم لو قبل مستنداً لا يحمل توقيعاً لمن أصدره ، أو يحمل توقيعاً غير مقروء ، أو غير مصحوب بخاتم الشركة كذلك فإن البنك يكون مسؤولاً فيما إذا كان المستند مصطنعاً أو عليه أية خدوش أو أية آثار لفعل من أفعال التزوير أو ما شابه ذلك ، وبالعكس لا تقوم هذه المسئولية متى قام بواجب الفحص المتعمق حتى ولو تبين فيما بعد عدم صحة المستندات أو تزويرها وفي النهاية فإنه يشور تساهلاً عن المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن عقد الإعتماد ، خاصة وأن النزاع يشمل بالضرورة عنصراً أجنبياً مما تشود معه المنازعة في العمل الواقع أن الأمر لا خروج فيه على

البنك لكلى يتخلص من التزامه قبل عميله أن يثبت أنه بذل كل العناية المطلوبة منه في الفحص ويقع على العميل أن يثبت أن البنك ارتكب خطأ في الفحص ، ولذلك نرى مع الرأي الغالب في الفقه وفي القضاء أن التزام البنك هو التزام بقاية وهي تسليم مستندات سليمة في ظاهرها للعميل ولا ترتفع مسئولية البنك إلا في حالة الصبب الأجنبي ، وهو ما تقرره المادة (١٩) من الأصول الموحدة بالقول بأن البنوك لا تتحمل أية تبعه من جراء إنقطاع أعمالها بسبب القوة القاهرة^(٧٥) وعلى هذا الأساس فيجب على البنك أن يفحص المستندات بدقة وبالعمق اللازم من تاجر محترف متخصص مثله وعناية قصوى وذلك يقصد الوصول الى قرار حاسم من جانبه في شأن قبول أو رفض المستندات وبالتالي تنفيذ الإعتماد أو رفضه ومن ناقله القول أن تقرر بأن البنك لا يسأل متى قام بواجب الفحص بالعناية المطلوبة وكما يجب أن يكون ولكن لا يسأل البنك عن تزوير المستندات أو عدم صحتها لأن

دفعه للبائع متى قدم إليه المستندات المطابقة لشروطه أو بحيازته للمستندات التي تمثل البضاعة وبذلك يكون البنك في مأمن من أي عنت من جانب عميله ومحاولته التهرب من الصفقة ، ولهذا السبب جاءت القواعد الموحدة بحلول موفقة في هذا الصدد وذلك بأن جعلت التزام البنك نهائياً قبل الاستفادة بمجرد وصول خطاب الاعتماد القطعي إليه كما جعلت التزام البنك تجاه الاستفادة مستقلاً عن عقد البيع ومن ثم يظل التزام البنك قائماً حتى ولو أبطل عقد البيع وأخيراً فإننا نرى أنه يتعين على البنوك المحافظة على حقوق عملائها وعدم الاقتصاد على فحص المستندات فحصاً ظاهرياً فقط إذا كان عليه التوصل الى حقيقتها بواسطة الطرق الفنية إن كان ذلك ممكناً وذلك لمطابقتها وشروط الاعتماد .

وبعبارة جامعة لن تؤدي الاعتمادات المستندية وظيفتها في تأمين التجارة الدولية ما لم تتشدد البنوك في عملية فحص المستندات التي تقدم إليها توفيراً للأمان وبشاً للثقة في المعاملات التجارية بشكل عام .

قيامه بواجب الفحص الدقيق المتعمق تعزيزاً للثقة بالبنوك من جانب العملاء ، وتأكيده على قدرتها على توفير الأمان في صفقات التجارة الدولية .

فلا يجوز إذن كما رأينا أن يفسر المستندات تفسيراً من عنده بالإلتجاء إلى عناصر خارجة عنها فلا يقبل المستندات ويدفع الثمن إلا إذا وجد تطابق فيما بينهما ويتحقق ذلك بالتطابق الشكلي الظاهري وليس مفروضاً عليه أن يبذل تحريات خاصة من عنده للتحقق من صدق السندات المقدمة إليه ، ولا جناح عليه أن تبين بعد ذلك تزويرها متى كان ظاهراً يوحى بالثقة فيها وأن كشف التزوير كان يقتضي منه تحريات خاصة لا يمكن القيام بها من بنك مثله قام بواجب الحيلة والحرص الشديدين وما يمل به عليه واجب المهنة المصرفية من حذر وحيلة وبقظة ولا انعدت مسئوليته قبل عميله الاستفادة والبنك في قيامه بهذا الفحص الدقيق المتعمق لا يراعى مصلحة عميله فقط وإنما يراعى مصلحته الخاصة كذلك سواء في أمكانية مطالبته لعميله برد

إتفق عليها بين البنك وعميله الأمر ملتزماً فيه بالدفع أو بقبول الكمبيالة أو الكمبيالات المستندية التي يسحبها عليه المستفيد متى قدم إليه المستندات التي طلبها العميل ومن هنا يبرز الدور الهام الذي يقوم به البنك عند قيامه بفحص المستندات التي تقدم إليه من المستفيد ، وهذا الإلتزام بالفحص هو أهم الإلتزامات الملزمة على البنك ويعتبر في الوقت ذاته عصب عقد الاعتماد إذ يتوقف على حسن تنفيذه ضمان مصلحة العميل في حصوله على المستندات التي طلبها ولا يتأتى القيام بهذا الإلتزام إلا إذا إلتزم البنك عند قيامه بالفحص ببذل العناية والحرص الشديدين عند قيامه بهذا العمل فلا يجوز للبنك محاولة تفسير المستندات بما يخالف إرادة العميل فالبنك وقد قبل القيام بهذا الإلتزام عليه أن يراعى في مسلكه ما يحرص عليه شخص في مثل وضعه وإمكاناته ، وعلى المحاكم أن تراعى الشدة عند الفصل في الأنزعة التي ترفع أمامها من جراء خطأ البنك في

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

١ - د . شكرى أحمد السباعى الوسيط فى شرح قانون التجارة المجرى الرباط ١٩٨٨ ص ٤٦٤ .

٢ - د . سميحة القليوبى الأسس القانونية لمعاملات البنوك طبعة ١٩٨٨ ص ٣٩٦ .
كما تقرر محكمة النقض فى حكم لها ذات المعنى بالقول بأن الائتمان لا يقتصر على النشاط الإقتصادى داخل الدولة ، بل يجاوزه الى المعاملات الدولية ، إذ يلجأ إليه كوسيلة لتمويل التجارة الخارجية ومن قبيل ذلك منح المصدر الأجنبى للمستورد المصرى إئتمانا يمكنه من شراء المنتجات الأجنبية . على أن يسد المستورد المصرى ثمن ما اشتراه على أقساط أو آجال معينة .

(نقض رقم ٣٥/٥٥٥ ق جلسة ١٩٧٣/٦/٢٠ السنة ٣٤ ق ص ٩٤٦) .

٣ - د . محمود مختار بربرى المسئولية التقصيرية للمصرف عند طلب فتح الإعتداد القاهرة ١٩٨٦ ص ١٧ .

٤ - د . محمى الدين إسماعيل علم الدين العمليات الإئتمانية فى البنوك وضماناتها القاهرة سنة ١٩٧٥ ص ٥ . والظمن بالنقض رقم ١٣٣٠ لسنة ٩٢ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٢ لم ينشر " .

٥ - نقض ١٩٨٣/٣/٢٨ الظمن رقم ٦٩٢ لسنة ٤٩ ق مع لسنة ٣٤ جزء ص ٨٢٥ . وإستئناف القاهرة الدائرة التجارية الأولى ١٩٥٠/٤/٢٠ - ١١٦ لسنة ٥٠ ق مشار إليه فى موسوعة القضاء فى المراد التجارية عبد المعين لطفى جمعة ص ٥٢
٥ - د . حسنى عباس عمليات البنوك القاهرة ١٩٧٢ ص ١٤٧ .

٦ - د . نجوى ابو الخير البنك والمصالح المتعارضة فى الإعتداد المستندى رسالة دكتوراة القاهرة ١٩٩٠ ص ٨ .

٧ - د . شكرى السباعى المرجع السابق ص ٤١٤ .

٨ - القرار رقم ١٥٢ / ١٩٧٥ مجلة نقابة المحامين الأردنية سنة ١٩٧٦ ص ١٧٣ .

٩ - القرار رقم ١٥٢ / ١٩٧٥ مجلة نقابة المحامين الأردنية سنة ١٩٧٦ ص ١٧٣ .

١٠ - ظمن بالتمييز كويتى رقم ١٣١ / ١٩٨١ تهارى جلسة ١٩٨٢/٢/٢٣ مجلة القضاء والقانون (١٩٨٣) .

١١ - د . نور طالبانى فى شرح القانون التجارى العراقى بغداد ١٩٧٢ ص ١٥٥

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

١٢ - د . نجوى أبو الخير الرسالة السابقة ص ١٢ وراجع كذلك د . محيى الدين إسماعيل أطواراً على القواعد والعادات الموحدة للإعتمادات المستتقة سنة ١٩٨٤ ص ٨ .

١٣ - لمحكمة النقض تقرير فى حكم لها بأن البنك الذى يفتح إعتماداً مستندياً للوفاء بشمن صفقة أقت بين تاجرهن لا يعتبر وكيلأ عن المشتري فى الوفاء للبائع بقيمة الإعتماد كما لا يعتبر ضماناً أو كفيلاً يتبع التزامه التزام صميله المشتري ، بل يعتبر التزامه فى هذه الحالة التزاماً مستقلاً عن العقد التائم بين البائع والمشتري يلتزم بمقتضاه الوفاء بقيمة الإعتماد متى كانت المستندات المقدمة اليه مطابقة لما تضمنه خطاب الإعتماد دون أن يكون للبنك فى ذلك أدنى سلطة فى التقدير أو التفسير أو الاستنتاج .

(الطعن رقم ٤٤٣ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢٧)

J . Stoufflet , Le crédit - document Aire Paris 1957- Page 298et S .

وراجع كذلك د . مصطفى كمال طه "تأمين التجارى طبعة سنة ١٩٨٠ ص ٥١٩ .

ود . حنى عباس المرجع السابق ص ١٥١ وراجع د . شكرى الصباغى الوسيط فى قانون التجارة المرفى المرجع السابق ص ٤١٤ د . سميرة القليوبى المرجع السابق ص ٣٩٩ .

Cassation Comm . 200et 1953 Recueil . ٦ - Page 4 .

١٦ - د . محسن شنبق الوسيط فى القانون التجارى الجزء الثانى سنة ١٩٥٢ ص ٣٩٦ - فى ذلك تقر محكمة النقض بأنه ليس للبنك فافع الإعتماد أن يدخل فى اعتباره شروط عقد البيع ولا شروط عقد الإعتماد أو علاقته بصميله المشتري كما أن محافظة البنك على مصلحته لا يمكن أن تكون أساساً للخروج على عبارات خطاب الإعتماد التى تحدد وحدها علاقته بالمستفيد من الإعتماد .

(الطعن رقم ٤٤٣ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢٧)

١٨ - د . السيد محمد البهائى الإعتماد المستندى الطبعة القانونية للإلتزام البنك رسالة دكتروا جامعة القاهرة سنة ١٩٧٤ ص ٢٠ .

١٩ - د . نجوى أبو الخير الرسالة السابقة ص ٣٤ .

٢٠ - د . شكرى الصباغى المرجع السابق ص ٤١٤ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

٢١ - د . السيد اليماني المرجع السابق ص ٣٠ .

٢٢ - د . السيد اليماني الرسالة السابقة ص ٣٧ .

٢٣ - د . محيي الدين إسماعيل الإعتماد المستندي في الفقه والعمل - القاهرة سنة ١٩٦٨ ص ٣٦ .

٢٤ - تراجع د . علي جمال الدين دور البنك في فحص المستندات في الإعتمادات المستندية مجلة المحامي الكويتية المجلد السادس والسابع السنة ٤ .

٢٥ - د . محيي الدين إسماعيل المرجع السابق ص ٤٠ .

٢٦ - د . السيد اليماني الرسالة السابقة ص ٤٥٨ .

٢٧ - د . محيي الدين إسماعيل المرجع السابق ص ٤٢ . د . السيد اليماني ص ٤٨ .

٢٨ - د . علي البارودي المقسود وعمليات البنوك التجارية طبعة ٢ سنة ١٩٦٨ ص ٣٧٧ د . حسني عباس المرجع السابق ص ١٥٢ .

د . سميحة القليوبى المرجع السابق ص ٤٠١ .

٢٩ - نقض مدني طعن رقم ٤٨/٣٧٢ ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٨ .

٣٠ - د . محيي الدين إسماعيل المرجع السابق ص ٥٢ .

٣١ - د . زروق الله انطاكي ، ونهاد السباهي موسوعة الحقوق التجارية جزء ٣ دمشق سنة ١٩٥٨ ص ٤٦٢ .

٣٢ - د . محيي الدين إسماعيل المرجع السابق ص ٥١ .

٣٣ - تراجع في الطبعة القانونية لفتح الإعتماد د . حسني المصري عمليات البنوك القاهرة ١٩٨٧ ص ٥٤ .

٣٤ - تراجع في عرض هذه النظرية . علي جمال الدين الإعتمادات المستندية دراسة للقضاء والفقه المقارنة طبعة ١٩٨٩ ص ٤٥١ .

د . السيد اليماني المرجع السابق ص ٤٣٧ .

٣٥ - د . السيد اليماني الرسالة السابقة ص ٤٣٩ وزروق الله انطاكي ص ٥٢ .

وأستئناف القاهرة في ١٩٦١/١١/٢١ المجموعة الرسمية السنة ٦٠ ص ١٤٢ .

ونقض مصري ١٩٦٦/٥/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٧ ص ١٢٧٩ .

Van maele, Ana lyce juridique Credit irrévocav ab le de ٣٦
la lecture de Change . Rev . de la banque , Bruxelles 1947 , p 335

د . محيى الدين إسماعيل المرجع السابق ص ٢٥٥ .

٣٧ - د . على جمال الدين المرجع السابق ص ٤٥١ ، والدكتور السيد اليماني
المرجع السابق ص ٤٥٢ .

Roussau note sous séine 27 feb 1920 sirey 17/1/1922 ٣٨

MA Rais (G) du crédit confirme , en matière d'acumer- ٣٩
taire Paris 1953 . No 28 et suiv .

٤٠ - نقض فرنسي ١٩٢٦/١/٢٦ د . الوز ١٩٢٦ - ١ - ٢ مع تعليق كامل .

٤١ - د . على جمال الدين المرجع السابق ٤٥٠ وحكم محكمة النقض
١٩٥٤/٤/١٥ مجموعة ٢٥ سنة جزء ص ٧٣٠ ونقض ١٩٢٣/١٠/٣١ مع ٢٤ ص
١٠٤٠ .

ود . السيد اليماني ص ٤٤٣ .

٤٢ - المرجع السابق رقم ١٤٠٨ ، وقوانين المرجع السابق ص ٢/١٦٨

Escarra : Manual de droit commercial 1948 . No 1408

وقوانين المرجع السابق ص ٢/١٦٨ .

وفي نفس المعنى (الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٤٤ ق - جلسة ١٩٧٨/٢/٢٠ ص
٢٥ ص ٥٢٢)

٤٣ - حتى عباس عليات البنك ص ١٢٩ ، ود . على جمال الدين المرجع
السابق ص ٥٠٢

ود . السيد اليماني المرجع السابق ص ٤٦٢ .

٤٣ - الطعن بالنقض رقم ١٦٨٥ السنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٦/١٩ - لم ينشر -
وراجع كذلك نقض ١٩٥٤/٤/١٥ طعن رقم ٤٢٤ لسنة ٢١ ق مجموعة القواعد
ج ١ ص ٢٢٠ وقم واستئناف القاهرة الدائرة التجارية التاسعة ١٩٥٦/٥/٢٢
الاستئناف رقمي ٢١٢ ، ٣٥٣ لسنة ٧٢ ق .

٤٥ - د . سميرة القلوبى المرجع السابق ص ٤٠٥ .

٤٦ - د . نجوى ابو الخير الرسالة السابقة ص ٦٣ . ذلك لأن التزام البنك بالوفاء بقيمة الاعتماد المصرى من يوم تشييده هو التزام مستقل عن العقد القائم بين البائع والمشتري على الصلقة فلا يلتزم البنك بالوفاء بتمتته إلا إذا نفذ المستفيد شروط عقد الاعتماد " طعن رقم ٤٣٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٥/٢١ لسنة ١٧ ص ١٧٧٩ . "

٤٧ - فالبنك يجب عليه أن يقوم بأرسال خطاب الإعتماد الى المستفيد بالسرعة المعقولة ووفقاً لتعليمات العميل وكما هي واردة في عقد الإعتماد وعليه أن يوضح مبلغ الإعتماد وطريقة . الوفاء به مؤجلاً قوياً أم قهراً أو خصماً للكمبيالة المستندية والبنك المخصص لذلك لكن لا يجوز للبنك أن يتجاوز ذلك الى تفصيل دعوى المستندات إلا إذا طلب ذلك العميل صراحة فالبنك وإن كانت تقهر عمليات البنوك فلا شأن لها بفنون التجارة كما وأن خطاب الإعتماد مستقل عن العقود التى كانت أساساً له فالبنك لا شأن له بعقد البيع ولا تنفيذيه وهذا ما تقرره صراحة (المادة) ١١ / أ ، ب من الأصول والعادات المرحلة والمادة ٤٦ منها "

٤٨ - د . نجوى ابو الخير الرسالة ص ٩٣ .

٤٩ - (طعن بالنقض رقم ٥٨/١٦٨٥ ق جلسة ١٩٨٩/٦/١٩ لم ينشر)

٥٠ - نقض فرنسى ١٩٧٤/١٢/٢ اشار اليه فى المجلة الفصلية فى القانون التجارى سنة ١٩٧٥ ص ٥٧٤ كما قررت محكمة النقض المصرية فى حكم لها بأن المصرف الذى يفتح إعتماداً مستندياً بتمن صفقة تمت بين تاجرين لا يلتزم بالوفاء إلا إذا كان هناك تطابق كامل بين المستندات وشروط فتح الاعتماد دون أن يكون للبنك فى ذلك أدنى سلطة فى التقدير أو التفسير وإذا كان الشايت من الحسك المظعن فيه أن المظعون عليه الثانى - البنك - رفض صرف قيمة الاعتماد للطاعن بناء على ما اكتشفه من مخالفة بيانات الشهادة الزراعية الصحية لبيانات البضاعة فى باقى المستندات المقدمة من حيث عند الصناديق المعادة فيها ووزن كل صندوق وأن تلك الشهادة تحمل تاريخاً لاحقاً لتاريخ الشحن مما شكك البنك فى سلامتها فضلاً عن خلوها من بيان صلاحية البضاعة وفقاً لما تنص عليه شروط فتح الاعتماد .. فإن الحكم إذا إنتهى إلى أن المظعون ضد الثانى ممتنع فى عدم الصرف لالتزامه بتعليمات المظعن ضد الأولى التزاماً صرفياً لا يكون قد أخطأ فى فهم الواقع .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

تقضى رقم ١٩٨ لسنة ٨٩ ق - جلسة ١٩٧٦/١/٢٦ - السنة ٢٧ ص ٢٩٢ .

٥١ - حكم محكمة التمييز الأردنية رقم ١٩٨٢/٤٩٤ مجلس نقابة المحامين لسنة ١٩٨٢ ص ١٥٤٣ .

٥٢ - د . نور طالباني شرح قانون التجارة العراقي ص ١٥٦ المرجع السابق .

٥٣ - سمينة القليوبي المرجع السابق ص ٤١١ .

٥٤ - لأن ذلك يعرض البضاعة لمخاطر كثيرة راجع في ذلك د . على جمال الدين المرجع السابق ص ٢٠٥ .

٥٥ - Gutteridge and megrah the law of bankers , Commercial credit London 1979 Page IB

٥٥ - د . على جمال الدين المرجع السابق ص ٢٢٧ .

٥٦ - د . على جمال الدين المرجع السابق ص ٢٣٥ .

٥٧ - (ضمن بالنقض ١٩٥٤/٤/١٥ رقم ٤١٤ لسنة ٢١ ق سابق الإشارة إليه) .

٥٨ - د . على جمال الدين المرجع السابق ص ٢٤٤ .

٥٩ - د . على جمال الدين المرجع السابق ص ٢٥٥ .

٦٠ - د . على جمال الدين المرجع السابق ص ٢٦٤ .

٦١ - قضى قضاء - حديث محكمة النقض تعرضت فيه لقاعدة التنفيذ الحرى بالقرول .

جرى قضاء - هذه المحكمة على أن أساس نظام الاعتماد المستندي غير قابل للالغاء هو استقلاله عن عقد البيع القائم بين البائع والمشتري يلتزم بمقتضاء البنك الذي فتح الاعتماد بالوفاء بقيمة متى كانت المستندات المقدمة إليه مطابقة تماماً لما تضمنه خطاب الاعتماد دون أن يكون له في ذلك أدنى سلطة في التقدير أو التفسير أو الإستنتاج ، وفي ذات الوقت ليس للبنك أن يستقل دون موافقة عميله بتعديل شروط الاعتماد وعليه إذا ما قدمت له مستندات الشحن من المستفيد أن يقوم بمطابقتها على ما ورد بشأنها في خطاب الاعتماد بحيث إذا لم يعترض عليها خلال أجل معقول يكفي لفحصها ، اعتبر ذلك قبولاً لها بحالتها التي قدمت بها ما يترتب عليه إلزامه بالوفاء بقيمة الاعتماد .

(ضمن رقم ٣٧٢ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٨)

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

٦٢ - مشار إليها في رسالة د . السيد اليماني المراجع السابق ص ٩٧ .

٦٣ - (طعن بالنقض رقم ٣٧٢ لسنة ١٤٨٠ ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٨) وفي هذا الحكم تقرر المحكمة أنه وإن كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن عقد الإعتدال المستندي عقد مستقل عن عقد البيع يتعهد بمقتضاه البنك فاعث الإعتدال - وبناء على طلب العميل الأمر - إذا كان الإعتدال قطعياً - بالوفاء بقيمة الإعتدال للمستفيد أو بقبول الكسبالة التي يسحبها عليه الأخير إذا كانت مستنداته كاملة ومطابقة تماماً لشروط خطاب الإعتدال إلا أن هذا خطأ الحكم فيما ذهب إليه من أن عقد الإعتدال المستندي هو عقد بين البائع والمشتري وأن البنك فاعث الإعتدال لا شأن له به سوى أنه أمين للطرفين ، لم يكن له أثر في قضائه ، وذلك أن الحكم عاد عند تطبيق آثار ذلك العقد وقرر بالتزام البنك فاعث الإعتدال بالوفاء للمستفيد إذا كانت مستنداته مطابقة لخطاب الإعتدال وهو ما يتفق مع التعريف الصحيح لمقد الإعتدال المستندي ومن ثم فإن التمسك على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون - في خصوص السبب - يكون غير مقبول .

٦٤ - د . موريس نصر الإعتدال المستندي مجلة القضاء ، بغداد ، ١٩٦٠ العدد ١ ،

١٢ ص ١٤٤ .

٦٥ - د . علي جمال الدين المراجع السابق ص ٢٦٤ . مستعوليه ص ٢١٣

وجرتودح ص ٣٢ .

(ونقض فرنسي ١٩٧٤/١٢/١٥ المجلد الفصلية للقانون التجاري سنة

١٩٧٥ ص ٥٧٤) .

ونقض مصري طعن رقم ٤٤٣ لسنة ١٤٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢٧ .

٦٦ - Megra op . cit Page 256

٦٧ - د . نجوى أبو الخير الرسالة السابقة ص ٨٠٠ والأحكام التي أشارت إليها .

٦٨ - د . نجوى أبو الخير المراجع السابق ص ٣٦٩ .

٦٩ - د . نجوى أبو الخير الرسالة السابقة ص ٦٠ وطعن بالتمييز كويتي

١٩٨١/١/٣١ تمجاري جلسة ١٩٨٢/٢/٢٣ .

٧٠ - د . محيي الدين إسماعيل المراجع السابق ص ١٠٣ و د . نجوى أبو الخير

الرسالة السابقة ص ١٠٦ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

٧١ - الشهري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول ص ٦٥٦ وما بعدها .

٧٢ - د . علي جمال الدين المرجع السابق ص ٢٦٦ . ود . مومنين نصر المرجع

السابق ص ٢٨٩ . ٢٥٠ وحترودج ومجرا ص ٨٥ وتقض مصرى (الطعن رقم ٤٤٣ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢٧ ، نقض ١٩٧٦/٢/٢٦ السنة ٢٧ ص ٢٩٢ .

٧٣ - د . نجوى أبو الخير الرسالة السابقة ص ٢٦٣ .

٧٤ - (نقض مصرى رقم ٤٤٣ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢٧) .

بسم الله الرحمن الرحيم

موجز البحث

مقدمة

فكرة عامة :

جريمة خيانة الأمانة في القوانين القديمة من صور السرقة ولم تغلظ مكانها الصحيح كجريمة مستقلة عن السرقة إلا منذ صدر القانون الفرنسي عام ١٧٩١ أنشاء الشؤرة الفرنسية وجعل من هذه الجريمة جريمة مستقلة . فقرر العقاب عليها وأطلق عليها اسم خيانة الأمانة.

ثم صدر قانون العقوبات الفرنسي عام ١٨١٠ مقررأ ذات ، وخصص بالعقاب عن جريمة خيانة الأمانة المادة ٤٠٨ المعدلة في عام ١٨٣٢ ، ١٨٦٣ وقد سار قسانون العقوبات المصري على نفس الدرب ، فقرر العقاب فن جريمة خيانة الأمانة في المادة ٣٤١ منه ويهبر المشرع إستقلالها عن جرائم السرقة الأخرى لإتها

نصت المادة (٣٤١) من قانون العقوبات :

كل من إختلس أو استعمل أو يبدد مبالغ أو أمتعة أو بضائع أو نقود أو تذاكر أو كتابان أخرى مشتمله على تمسك أو مخالصة أو غير ذلك إضراراً بمالكها أو أصحابها أو واضعى اليد عليها .

وكانت الأشياء المذكورة لم تسلم له إلا على وجه الوديعة أو الايجارة أو على سبيل عارية الإستعمال أو كرهن أو كانت قد سلمت إليه بصفة كونه وكيلأ بأجرة أو مجاناً بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو إستعمالها في أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره ، يحكم عليه بالحبس ويجوز أن يزداد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى .

انا عرضنا الأمانة على السموات والأرض فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوماً جهولاً .

" صدق الله العظيم "
(آية ٧٢ من سورة الأعراب)

أشرقت علينا هذه الآية الكريمة لتبين لنا بكلماتها المثيرة ثقل الأمانة وعظم أمرها وصعوبة تكليفها ومشقتها التى أبت أن تتحمل به أعظم كائنات الوجود ، وكيف أن الإنسان يضعفه رضى أن يحملها .

ولعل المعنى العام للأمانة لا يتسع له مجال بحثنا ودراستنا الموجزة حول جريمة خيانة الأمانة التى حددت أركانها وشروطها السادة (٣٤١) من قسانون العقوبات ولذلك نكتفى بالحديث عن الأمانة بالقدر الضئيل الذى يتصل بالتنظيم الجنائى لها .

تتميز بكونها إخلال بالثقة التى أودعها مالك الشيء فى الجانى

الفصل الأول

محل الجريمة

يتضح من نص المادة ٣٤١ الخاص بجريمة خيانة الأمانة أن محل الجريمة يتضمن مالا منقولاً أو مملوكاً للغير وأن يكون هذا المال المنقول المملوك للغير قد سلم إلى الجانى قبل وقوع الفعل الإجرامى وأن يكون هذا التسليم قد تم بناء على عقد من عقود الأمانة التى حددها النص على سبيل الحصر .

المبحث الأول

مال منقول

الشرح لم ينص صراحة فى المادة ٣٤١ عقوبات على أن المال منقول ، ولكن يستفاد من أمرين إثنين ، أولهما أن الأشياء التى ذكرت بالمادة على سبيل المثال كلها من المنقولات وثانيهما أن أحكام جرائم الإعتداء على الأموال لم يقصد من تنظيمها إلا حماية للمنقولات^(١) وذلك بأن يكون المال المنقول محلاً لخلق من

الحقوق المالية وقابلاً للتملك وله قيمة ويمتوى أن تكون له قيمة كبيرة أو ضئيلة مادية أو معنوية^(٢) وقد إقتصر الشرع وقوع الجريمة على المنقول دون العقار إكتفاؤه بالنسبة للمقارما خوله لصاحبه من حق فى تبيعه فى أى يد تكون ، ويستوى فى حيازة المنقول أن يكون مشروع أو غير مشروع فمن إئتمن على مادة مخدرة أو سلاح غير مرخص فبدهه أعتبر خائناً للأمانة^(٣) .

المبحث الثالث

مملوك للغير

تشرط المادة ٣٤١ عقوبات أن يكون المال المنقول موضوع جريمة خيانة الأمانة مملوكاً للغير ويستفاد ذلك من عبارة إضرار بالكيها وأصحابها أو واضعى اليد عليها والحكمة من هذا الشرط إستهداف حماية حق الملكية من الإعتداء عليه ولذلك لا تقع الجريمة من المالك على ماله ولو ترتب على ذلك إضرار بالغير : مثال : - أن يؤجر الدائن المرتهن الشيء المرهون لملكه فيبيد المالك الشيء

المملوك له ويلاحظ أن إنتفاء وقوع الجريمة يكون المتهم مالكا للشيء يفترض ملكيته ملكية خالصة له فإذا كان له شريكاً فيها أعتبر فعله حينئذ إعتداء على حق الغير فى ملكية الشيء فتقع الجريمة^(٤) .

المبحث الثالث

سبق تسليم المال

لا يكف فى موضوع جريمة خيانة الأمانة أن يكون مالا منقولاً مملوكاً للغير وإنما يجب أن يكون هذا المال قد سلم إلى الجانى ، تسليماً ناقلاً للحيازة الناقصة ويقتضى هذا الشرط أمرين :

أولهما ، أن يكون المال قد سلم إلى الجانى سواء بالذات أو بالواسطة .

ثانيهما ، أن يتم هذا التسليم بناء على وجه من الوجوه التى نص عليها القانون فيستوى وقوع الجريمة أن يكون تسليم المال إلى الجانى من المجنى عليه نفسه أو من غيره وكذلك يستوى وقوعاً أن يكون تسليم المال إلى الجانى نفسه أو إلى

من ينوب عنه كوكيله أو خادمه أو شريكه ولا يشترط أن يكون التسليم حقيقى بل يكفى التسليم الإعتبارى إذا كان المودع لديه حائزاً للشئ من قبل التسليم بهدف نقل حيازة ناقصة أو مؤقتة للجاني بحيث يكون ملتزماً برده إلى صاحبه .

المبحث الرابع

التسليم بناء على عقد من عقود الأمانة

تقتضى دراسة عقود الأمانة التى حدتها المادة ٣٤١ تحديد ماهية هذه العقوبات بصدد جريمة خيانة الأمانة وبيان أحكامها العامة . من حيث عدم التقيد بالتكليف الذى يسبغه المتعاقدان على العقد وإنما العبرة بحقيقة الواقع وطبيعة العقد فإذا إتفق وجود عقد من عقود الأمانة فإنه يستوى أن يكون هذا العقد صحيحاً أو باطلاً .

كما يستوى أن يكون البطلان نسبياً لعدم أهلية المتعاقد أو لعيب من عيوب الرضا ، أو أن يكون مطلقاً لوجود عيب فى الشكل أو لعدم

مشروعية السبب وتفسير ذلك أن المشرع الجنائى لا يستهدف بتحريم خيانة الأمانة ضمان تنفيذ إلزام المدين الناشء عن العقد وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن : (مناط العقاب ليس الإخلال بتنفيذ العقد وإنما هو العبث بملكية الشئ المسلم بمقتضى العقد) .

الفصل الثانى

الأحكام العامة لعقود الأمانة من حيث تكليف العقد وإنتفاء الجريمة .

المبحث الأول

تكليف العقد

العبرة فى تكليف العقد تخضع لحقيقة الواقع وطبيعة العقد كما يحددها المشرع وليس بعبارة الأوراق والألفاظ ولذلك فإن تكليف العقد مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ، وهذه العقود الواردة على سبيل الحصر كما وردت بالمادة ٣٤١ عقوبات الوديعة - العارية - الإيجارة - الرهن - الوكالة . فلا يجوز للقاضى أن يقيس عليها عقود أخرى . فإذا

أرأت محكمة النقض أن محكمة الموضوع أخطأت السبيل فإنها ترد العقد إلى تكليفه الصحيح ويستوى أن يكون العقد صحيح أو باطلاً لأن المشرع الجنائى لا يستهدف بالتجريم لجريمة خيانة الأمانة ضمان تنفيذ الإلتزام للدين الناشء عنه العقد وإنما يرمى إلى حماية ملكية الشئ المسلم بمقتضى العقد (٥)

المبحث الثانى

إنتفاء الجريمة

تنتفى جريمة خيانة الأمانة إذا تبين أن العقد الذى سلم المال إستناداً إليه لا يعتبر من عقود الأمانة التى حصرتها المادة ٣٤١ لإثبات قيام خيانة الأمانة كما أن بطلان العقد لا يؤثر على قيام حق المجنى عليه فى ملكية الشئ المهدد (٦) وأيضاً الإستبدال فى العقد إلى آخر ولكن يشترط لذلك أن يكون الإستبدال حقيقى وفقاً لأحكام القانون المدنى كأن يستبدل عقد الوكالة بعقد قرض وبه تنتفى الجريمة . وأيضاً يجب أن يكون هذا الإستبدال قد تم قبل وقوع

المبحث السادس

عقد الرهن

هو عقد يلتزم به شخص ضماناً لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو أحبه يعينه المتعاقدان - شيئاً يربط عليه الدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء - لحين إستيفاء الدين وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في إقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في يد تكون طبقاً للمادة ١٠٩٦ مدني والمقصود بعقد الرهن تبعاً للمادة ٣٤١ عقوبات هو عقد الرهن الجبازي ولهذا لا تقع جريمة خيانة الأمانة إذا كان محل الرهن عقار ولا بد أن يكون محل الرهن منقول حتى تقوم جريمة خيانة الأمانة .

المبحث السابع

عقد الوكالة والعمل المادي

الوكالة هو عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل طبقاً للمادة ٦٩٩ مدني ولا يعاقب المشرع الوكيل بنص المادة ٣٤٢ عن أي إخلال بالتزام من الإلتزامات

لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الإستعمال ولا ترد على شيء يستهلك حتى يمكن رده كما تسلمه ولهذا لا ينطبق نص المادة ٣٤١ إلا على شيء سلم بناء على عارية الإستعمال وهذا طبقاً للمادة ٦٣٥ مدني وأيضاً المادة ٦٤٤ مدني يجوز للمغير أن يطلب في وقت إنهاء العارية إذا أساء المستعير إستعمال الشيء أو قصر في الإحتياط الواجب المحافظة عليه .

المبحث الثامن

عقد الإيجار

هو عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الإنتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم تعتبر الأجرة ركناً من أركان عقد الإيجار سواء كانت محدده أو غير محدده مادام هناك إتفاق عليها ويسمى أن يكون الشيء المؤجر عقاراً أو منقولاً طالما أن الفعل المادي المكون لجريمة خيانة الأمانة قد وقع مع توافر القصد وتوافر عنصر الضرر دون توقف.

فعل التهديد حتى تنتفي الجريمة فإذا حصل الإستبدال بعد تصرف الأمين في المال المؤمن عليه وقعت الجريمة .

المبحث الثالث

الاحكام الخاصة بعقد الأمانة

عقد الوديعة : هو عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده عيناً ٧١٨ المادة ١٧٨ مدني وفي عقد الوديعة يجب بمقتضى المادة ٧٢٢ أيضاً من القانون المدني المصري أن يقوم المودع لديه برد عين الوديعة إلى المودع ، وليس له أن يرد شيئاً مماثلاً لما أودع بل ما أودع بعينه. وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية أن إلتزام المودع لديه برد الشيء بعينه للمودع عند طلبه شرط أساسي في وجود عقد الوديعة فإذا إنتفى هذا الشرط إنتفى معه عقد الوديعة (٧) .

المبحث الرابع

عقد عارية الإستعمال

هو عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للإستهلاك ليستعمله بلا عوض

الفصل الثالث

الركن الحادي

لما كانت جريمة خيانة الأمانة شأنها جرمي السرقة والنصب فتشلت إعتداء على الملكية فإنه يجب أن نبدأ من هذا المنطلق في تحديد كل من صور الإعتداء في هذه الجريمة وهي الإختلاس - التهديد - الإستعمال .

المبحث الأول

الإختلاس

أن يقوم الأمين بتغيير حيازة الشيء المؤمن عليه من حيازة ناقصة إلى حيازة كاملة منكرأ بذلك حق مالكه عليه دون أن يخرج به من حيازته .

ويجدر بنا أن نشير إلى أن المقصود بالإختلاس كفعل تجرمة خيانة الأمانة غير الإختلاس كفعل جريمة السرقة وذلك لأن حائز الشيء لا يستطيع إختلاسه بالمعنى المتعارف عليه في جريمة السرقة وإنما اضطر المشرع إلى إستعمال لفظ الإختلاس لعدم وجود ما يقوم بمكانه ويؤدي المعنى المطلوب بالنسبة لجريمة خيانة الأمانة .

تسلم على وجه الوديعة أو الإيجارة أو على سبيل عارية الإستعمال أو الرهن في عقود الأمانة ، فذكرت إنه إذا كانت الأشياء التي سلمت للوكيل بأجره أو مجاناً بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو إستعمالها في أمر معين لمنفعة المالك أو غيره ، فإن مفاد هذه العبارة من النص لا ينصرف إلى حالة عقد الوكالة كما هو معروف في المادة ٦٩٩ من القانون المدني الذي يقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل فحسب ، بل يتدرج تحت حكمها أيضاً حالة الشخص الذي يكلف بعمل مادي لمنفعة مالك الشيء أو غيره ويؤكد ذلك أن حكمها يشمل الأشخاص الذين يكلفون بعمل قانوني أو مادي لمنفعة المالك أو غيره ، ومن ثم فإن إختلاس أو تهديد العاضل للأشياء المسلمة له لتسليمها أو إصلاحها لمنفعة مالكها أو غيره يكون مؤثماً في حكم المادة ٣٤١ من قانون العقوبات (١) .

الناشئة عن عقد الوكالة وإنما يعنى بإخلال الوكيل بالتزامه بتقديم المال الذي تحت يده بحكم الوكالة وخيانة الأمانة من الوكيل هي أكثر صور الخيانة وتوعداً في العمل (١) ، ويعتبر خائناً للأمانة الوكيل الذي يبدد الشيء الذي سلم إليه لتسليمه لحساب الموكل أو ثمن هذا الشيء بعد بيعه ، أو الأموال التي حصلها من الغير لحساب الموكل وبذلك تمتد الحماية الجنائية فضلاً عن الوكالة التعاقدية إلى الوكالة القانونية والقضائية وبناء على ذلك يعبر وكيلاً في معنى المادة ٣٤١ كل من الوصي والولي والتيمم والسنديك فإذا إختلس أى منهم أو يبدد مالا تحت يده بهذه الصفة عد خائناً للأمانة والعمل المادي الذي ذكرته المادة ٣٤١ بالإضافة إلى العقود التي حددتها على سبيل الحصر حالة تسليم الأشياء بقصد إستعمالها في أمر معين لمنفعة المالك لها أو لغيره وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن المادة ٣٤١ من قانون العقوبات إذا نصت على تجريم إختلاس أو تهديد الأشياء الت

المبحث الثالث

التبديد

هو فعل يتضمن الإختلاس ويزيد بإخراج الشيء من حيازة الأمين نهائياً بما يحول دون إمكانه رد الشيء إلى صاحبه ومن تكرار لفظ الإختلاس في هذه الجرائم ورغم إختلاف مدلوله من جريمة إلى أخرى - وما كان المشرع ليس بحاجة إلى إعادة ترديد هذا اللفظ في جريمة خيانة الأمانة بعد ترديده في جريمة السرقة - واللغة العربية غنية بالفاظها وفيها ما يفيد معنى إساءة الإحتسان فقد ورد في الحديث الشريف (لا إغلال ولا سرقة. وقال بعض شراح الفقه الإسلامي) إنه ليس على المستعير غير المغل ضمان) بمعنى إنه ليس على المستعير غير الخائن ضمان .

(وما لنرى أن يغفل) أى لنرى أن يغفل . إلا إنه من المستقر عليه أن كلمة أغل وغفل من الخيانة واشتغال الحق معناه إنكار الحق وكلها مترادفات لمعنى واحد هو الخيانة ١٠

المبحث الثالث

الإستعمال

إذا كان المشرع لم ينص صراحة في المادة / ٣٤١ عقوبات لنوعية الإستعمال إلا إنه يستفاد إن الإستعمال يرد على المنقول وإن أحكام جرائم الإعتداء على الأموال لم يقصد من تنظيمها إلا حماية المنقولات (١١) ومن الأعمال التحضيرية للقانون المصري المدني بأنه يعتبر عمالاً منقولاً جميع الحقوق والدعوى الشخصية المتعلقة بشيء منقول بما في ذلك حق الملكية للمنقول والحقوق الشخصية المتعلقة بهقار والحقوق المتعلقة بشيء غير مادي أى حقوق الملكية الأدبية والصناعية وما شابهها . بحيث تكون حيازتها بقصد الإستعمال الذي لا يتقدي على ملكيتها أو يهدد من قيمتها أو يهلكها بأحداث ضرر مقصود عليها وذلك طبقاً للمادة ٣٤١.

الفصل الرابع

الضرر

نصت المادة ٣٤١ عقوبات صراحة على وجوب توافر

الضرر في جريمة خيانة الأمانة إذا إشتطرت أن تكون الأموال أو تبديدها أو إستعمالها . إضراراً بمالكها أو واضعى اليد عليها ومن ثم فلا جريمة وإن توافرت سائر أركان جريمة خيانة الأمانة ولم يتوافر ركن الضرر .

المبحث الأول

المقصود بالضرر

لم يكتفى المشرع بوقوع الفعل المادي المكون للجريمة ولا أن يقع على شيء منقول مملوك للفرد ، وإنما يجب أن يرتكب إضراراً بالمجنى عليه ويستوى هذا الضرر في أن يكون ضرراً معنوياً أو ضرراً أدبياً أو ضرراً محققاً أو محتلاً ، الوقوع أو ضرر فادح أو ضرراً يسيراً والبحث في حصول الضرر أو عدمه يفصل فيه قاضى الموضوع ولا يدخل حكمه في ذلك تحت رقابة محكمة النقض . ولا يعنى تحقيق شرط الضرر أن يكون الضرر معين وعلى ذلك تقع الجريمة إذا جمع شخص تبرعات لمساعدة منكوبى كارثة ثم بدد التبرعات قبل تحديد مستحقيها .

المبحث الثاني

أثر الضرر

يكفى لوقوع الضرر الذي يلحق بالمجنى عليه حتى ولو لم تعد على الجاني أى فائدة نتيجة إضراره بالمال فإذا أوقف شخص على شيء فأخرجه أو أتلفه فيكفى ذلك لإعتباره خائناً ، ولا عبرة بمدى الضرر أو مقداره ، لذلك قضى بإدانة شخص سلمت إليه البان لبيعها فأضاف إليها كمية من الماء وباعها واحتفظ لنفسه بالمبلغ الناتج عن هذا الغش ولذلك عندما يكتشف ومن ثم تقوم السلطة صاحبة الشأن بالعودة على المؤمن بالتعويض (١٣).

كذلك نصت المادة ٣٤٦ عقوبات صراحة على وجوب توافر الضرر في جريمة خيانة الأمانة إذا اشترطت أن يكون اختلاس الأموال أو تبديدها أو استعمالها إضراراً بالكيفية أو واضع اليد عليها . ومن ثم فلا جريمة أن توافر سائر أركان الجريمة دون أن يتوافر ركن الضرر.

الفصل الخامس

الركن المعنوي

هو القصد الجنائي العام ويقوم على العلم والإرادة وأنه إلى جانب توافر القصد الجنائي العام لا بد من توافر القصد الجنائي الخاص الذي يتطلب فيه قتل المال أو حرمان صاحبه منه .

المبحث الأول

العلم

لا بد من توافر علم الجاني بعناصر الجريمة ولهذا فإنه يجب أن ينصرف علم الجاني وقت ارتكاب الجريمة إلى أن فعله يقع على مال غير مملوك له وأنه قد سلم له بناء على عقد أمانه وإن فعله مضر ضرراً محققاً أو محتملاً بالمجنى عليه وعملاً بذلك إذا تصرف الوكيل في مال موكله عليه ، بأن يحصل على مال يمكنه من رد المبلغ المطالبة فإذا عجز عن الرد فإنه يعد مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة إذا إنه لا شك قد توقع احتمال عدم حصوله على المال وبالتالي عدم إمكانه الرد.

المبحث الثاني

الإرادة

لا بد من توافر إرادة الجاني إلى القيام بفعل الخيانة فإذا لم تتجه إرادة المتهم إلى ذلك وإنما هلك المال نتيجة إهمال وعدم احتياط ، إنتفتت الجريمة لإستفاء القصد الجنائي كذلك يجب أن تتجه إرادة الجاني إلى الإضرار بالمجنى عليه ويعدل هذه الإرادة مجرد قبول الجاني احتمال وقوع الضرر بالمجنى عليه .

المبحث الثالث

القصد الجنائي الخاص

لا يكفى توافر القصد الجنائي العام بل لا بد أيضاً من وجود القصد الخاص المتمثل في نية التملك من تغيير حيازته من حيازة ناقصة إلى حيازة كاملة مع إنكار حق صاحبه عليه وإثبات القصد ، يتم بتصرف الحائز في المال المسلم إليه على سبيل الأمانة ، على سبيل المثال بالبيع بالهبة أو بالمقايضة تلك التصرفات كافية للقول بتوافر القصد .

وأكثر الأعمال دلالة على القصد الخاص لدى الجاني وتغيير نية الحياة لديه من ناقصة إلى كاملة هو إمتناعه رد الشيء عند مطالبته بإياه .

وإذا كان الإمتناع يعتبر قرينة على توافر القصد الجنائي لجريمة خيانة الأمانة فإن للمتهم أن ينفي هذه القرينة بكل الطرق (١٤) .

الفصل السادس

العقوبة

وعفاد ما سبق إذا تحقق وقوع جريمة خيانة الأمانة أصبحت سبباً منشأ حق الدولة في العقاب ولكن ذلك ليس كافياً وحده لتطبيق العقوبة بل يتوقف تطبيقها على توافر الخطورة الإجرامية سواء أكانت مفترضة من قبل المشرع أم كانت قضائية يتم التثبت منها بمعرفة القاضى ويعتد بها القانون فى تقدير العقوبة المقررة لجريمة خيانة الأمانة الحبس ، ويجوز أن يزداد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى ، كذلك يجوز تشديد العقوبة فى حالة العود ، وبما يمكن القول بأن العقوبة لا تباشر أثرها المانع فى

مواجهة الخارجين على القانون ويرتكبون جرائمهم دون خوف من العقوبة لضعف جسامتها وزدعها حيث جرى القضاء على مد حكم المادة ٣١٢ من قانون العقوبات الخاص بتقييد رفع الدعوى عن جريمة السرقة بين الأصول والفسوق والأزواج شكوى المجنى عليه إلى جريمة خيانة الأمانة كما مدحا إلى جريمة النصب بما شكل عقبة فى وجه الردع العام المستهدف من العقوبة كوظيفة إجتماعية لتحقيق التوازن العادل وتأكيد سلطة الدولة وسيادة القانون .

المبحث الأول

قيام الجريمة

جريمة خيانة الأمانة وقتية فهي تتم بمجرد توافر الأركان السابقة فلا يشترط لقيامها حصول المطالبة برد الأمانة المدعى بتبديدها وإنما يتحقق كما ذكرت محكمة النقض بكل محل يدل على أن الأمين اعتبر المال الذى أؤتمن عليه مملوكاً له يتصرف فيه تصرف المالك ولا يشترط لتحقيقها خروج المال بالفعل من حيازة الأمين بناء

على التصرف الذى أوقعه (١٥) . لا يؤثر قيام الجريمة وقيامها بإعادة الأمانة أو ما يعادل قيمتها أو تصد الخائن بردها إذ لا يؤثر ذلك إلا فى أن يكون سبباً فى تخفيف العقوبة وهى الحبس ويجوز زيادة غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى ويجوز تشديد العقوبة فى حالة العود . وقد جرى القضاء على مد حكم المادة ٣١٢ من قانون العقوبات الخاصة بتقييد رفع الدعوى عن جريمة السرقة بين الأصول والفروع والأزواج شكوى المجنى عليه إلى جريمة خيانة الأمانة ويرتب على ذلك أنه إذا خان الأمين الأمانة إضراراً بالزوج أو أصله وفروعه لا ترفع عليه الدعوى الجنائية إلا إذا قدمت الشكوى من المجنى عليه . وإذا تنازل المجنى عليه من الدعوى يترتب على ذلك إنقضاؤها قبل المتهم . ولا مجال لحالة الشروع فى جريمة خيانة الأمانة لأنه لا يوجد انفصال بين الإرادة والتنفيذ فالشيء يكون فى حيازة الأمين ولا يوجد ما يمنعه من تملكه ولهذا فقد خلت هذه الجريمة من صورة الشروع .

المبحث الثاني

الردع الأزم والخطورة الإجرامية

الردع هو أحد التدابير الجنائية المتمثل في العقوبة ، والعقوبة بملهومها المعاصر ترتبط بوجود النظام الجنائي ككل ولأن العقوبة تقاس في جسامتها ومدتها بالواقعة الإجرامية المرتكبة مع التعادل بين ما خلقه الجاني من ضرر وما يجب أن يناله من ضرر مماثل تحقيقاً لقيمة إجتماعية تنصل بطبيعة الإنسان ومعنوياته ألا وهي العدالة .

الاستقرار القانوني وهو من أدق الأمور لحماية المصالح الإجتماعية المعتدى عليها وإرضاء الشعور بالعدالة في وقت واحد كواجب من واجبات النظام القانوني كله .

الخاتمة

إن الإيمان بالقانون وسيادته هو أعظم الضمانات الكفيلة بصيانة المجتمع وإساءة دعائم الثقة العامة بين الأفراد تجاه بعضهم البعض وتجاه القانون .

والله المستعان

وتتمثل العقوبة إلى جانب الحرمان من كل أو بعض الحقوق الشخصية أيضاً في الإيلام والوجع كأثر تهديدي لكل من تسول نفسه لإرتكاب هذه الجريمة . ولا شك إن العقوبة تمثل باعث مانع من إرتكاب الجريمة بالنسبة لكثيرين ممن تنزوي لديهم بالنسبة لطروف معينة ويمكن القول بأن العقوبة إذا لم تباشر أثرها التهديدي بالنسبة للجاني فإنها تباشره بالنسبة لغيره عند تنفيذها ، وبذلك يتحقق الهدف من قيامها بإعادة التوازن بين القيم القانونية المختلفة وتحقيق

ليس على القاضي في خطئه - إذا أخلص النية -
تعقيب ، فهو بشر قبل كل شيء ، إنما عليه المأخذ
تأخذ بالنواص والالقاء ، إذا أنزل في
سزالق الهوى ، وأحاطت بعنقه الشبهات ...

الإمام محمد عبده

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

١- الموسوعة الجنائية جزء ٢ ص ٣٢٥.

٢- الأستاذ أحمد أمين ص ٧٤٤.

٣- نقض ١٦ أكتوبر سنة ١٩٧٨ مجموعة أحكام محكمة النقض ص ٢٩ رقم ١٣٧ ص ٦٩٥.

٤- نقض ٢٨ مارس سنة ١٩٣٨ مجموعة القواعد القانونية ص ٦٥٣.

٥- نقض ج ٤ رقم ١٨٩ ص ١٩٠.

٦- الأستاذ أحمد أمين ص ٧٧٠.

٧- جلسة ٢١ مارس سنة ١٩٣٢ منشور مجموعة الأحكام ص ٤٨٧ بند ١٣٣٧ السنة الثالثة .

٨- د. محمود مصطفى ص ٦١٤.

٩- نقض ١١ أكتوبر سنة ١٩٧٦ مجموعة أحكام محكمة النقض ص ٣٧ رقم ١٦٦ ص ٧٧٩.

١٠- مختار الصحاح طبعة سابعة سنة ١٩٥٣ ص ٤٧٩.

١١- الأستاذ أحمد أمين طبعة ١٩٣٤ ص ٧٥٧.

١٢- نقض ٢٨ أبريل سنة ١٩٦٩ مجموعة الأحكام ص ٢١ رقم ١٢٦ ص ٦٦٠ ص ٦١.

١٣- نقض ١٨ مارس سنة ١٩٣٦ منشور مجلة العلم الجنائي .

١٤- نقض ١١ فبراير سنة ١٩٧٦ مجموعة أحكام ص ٢٤ رقم ٣٩ ص ١٧٦.

١٥- نقض ١٩ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة أحكام ص ٦٠ رقم ٥٠٦ ص ٦٥٠.

بدائل الدعوى الجنائية

مقدمة

تقوم الدولة بإقتضاء حقها في العقاب عن طريق الدعوى الجنائية تطبيقاً لمبدأ لا عقوبة بغير دعوى جنائية فلا تملك الدولة معاقبة متهم ولو إعترف طواعية ، وقبل العقوبة المنصوص عليها في القانون بغير هذه الدعوى ، وعلة ذلك أن سلطة الدولة في العقاب فيها مساس بجسيم بحرية المتهم (١) .

ويجب عدم الخلط بين سلطة الدولة في توقيع العقاب وسلطتها في مباشرة الدعوى العمومية . فسلطة الدولة في توقيع العقاب تنشأ من تاريخ إرتكاب الجريمة ، إذ منذ هذا التاريخ يحق للدولة إتخاذ كافة الإجراءات لمباشرة الدعوى العمومية كوسيلة لممارسة سلطتها العقابية (٢) .

وقد حرصت الإنسانية على إقرار الدعوى الجنائية والتمسك بها لما تنطوي على ضمانات إجراء محاكمة عادلة للفصل في إدانة الفرد من عدمه عن أى جريمة تنسب إليه .

والدعوى الجنائية تعتبر إحدى نتائج رد الفعل إزاء التعسف في التجريم والعقاب الذى كان يسود معظم المجتمعات في الحقب الزمنية الماضية (٣) . وهناك تلازم قائم بين الدعوى الجنائية وسلطة الدولة في العقاب (٤) . وعلى ذلك لا يستقيم القول بأن الدولة قد تحصل على حقها في العقاب دون دعوى جنائية كما في الصلح الضربى مثلاً ، وذلك لأن المشرع قد أجاز هذا الصلح لعلة خاصة وهي ما تنطوي عليه تلك الجرائم من الإعتداء على المصالح المالية للدولة .

كما أن حصول الدولة على التعويض عن طريق الصلح ينطوى على إيلاام مالى للمحكوم عليه ، وهذا من شأنه أن يعوق احتمال عودة المتهم إلى إرتكاب مثل هذه الجرائم ، بإعتبار إنه لم يرتكبها إلا من أجل كسب مالى غير مشروع (٥) .

كما أن الصلح نوع من التنظيم الإجرائي نظمه المشرع لنوع معين من الجرائم البسيطة للحد من إطالة الإجراءات (٦) . ومن هنا تظهر أهمية الدعوى الجنائية في تحقيقها للعادلة بما في ذلك إعتبارها ضمانات مؤكدة من ضمانات المتهم .

ولقد ترتب على الإجهادات الحديثة في سياسة العقاب نتائج إجرائية كبيرة الأهمية ، وأهم هذه الإجهادات فكرة إحلال التدابير الإحترازية محل العقوبات التقليدية فسلطة الدولة في العقاب لم تعد تعنى

تحقيق العقاب بالمعنى التقليدى الذى يهدف إلى الإيذاء وإغا يعنى فى المقام الأول إصلاح المجرم .

كذلك فإن المؤتمر الدولى لعلم العقاب سنة ١٨٨٥ أظهر فكرة إمكان إحلال بعض التدابير المقيدة للحرية بدلاً من عقوبات الحبس . كما أنه قد ظهرت مشكلة إلغاء العقوبات قصيرة المدة (٧) . ولقد أظهر المؤتمر السادس للأمم المتحدة لمكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين الذى عقد فى كراكاس سنة ١٩٨٠ عيوب العقوبة المقيدة للحرية والمناداة بالتوسع فى استخدام التدابير البديلة . كما وجد اتجاه يرمى إلى الحد من التجريم وأطلق عليه إسم اللاتجريم "Decriminalisation" وهو يدين قانون العقوبات بإعتباره غير صالح لحماية المصالح الاجتماعية ، وأخيراً فإلى جانب القطاع الجنائى وجدت قطاعات أخرى كثيرة تساهم بدور فعال فى مكافحة ظاهرة الإجرام (٨).

لقد ترتب على كل هذه

الإجهاحات إضعاف الدعوى الجنائية كأسلوب قانونى لإعمال سلطة الدولة فى العقاب ، خاصة وأن الدعوى الجنائية نشأت كرد فعل إزاء التصسف فى التجريم والعقاب ، وأن هذا التصسف - الناجم عن قمع الحاكم بسلطات مطلقة - قد ولّى وحل محله النظم الديمقراطية (٩).

لكل ما تقدم بدء التفكير فى إيجاد بدائل للدعوى الجنائية تتفق مع المضمون الجديد لسلطة الدولة فى العقاب ، خاصة وأن فكرة بدائل الدعوى الجنائية تستقيم مع فكرة التخلص من العقوبة التقليدية ، وعلى ذلك يمكن القول بأن هناك تعاصر حتى بين بدائل العقوبة وبدائل الدعوى الجنائية (١٠).

وما تقدم يتضح لنا الأساس العلمى لفكرة بدائل الدعوى الجنائية ، وإرتباطها الوثيق بأهداف السياسة الجنائية الحديثة . ولقد لاقى موضوع البدائل للدعوى الجنائية اهتماماً كبيراً من فقهاء القانون الجنائى فى العالم ، فعقدت الحلقة التحضيرية لدراسة هذا الموضوع

فى طوكيو باليابان فى مارس سنة ١٩٨٣ وبناء على ١٨ تقريراً كتب الأستاذ / لويس كوس زيكونسكى تقريره المؤقت ضمنه إقتراحات بتوصيات للعرض على المؤتمر الدولى الثالث عشر لقانون العقوبات الذى إنعقد بالقاهرة فى الفترة من ٧ أكتوبر ١٩٨٤ .

وستقوم بإستعراض سريع لأهداف بدائل الدعوى الجنائية وأهم تلك البدائل التى تحقق تلك الأهداف مبرزين دور المبنى عليه فى تحقيق تلك البدائل .

أهداف بدائل الدعوى الجنائية:

تحقق بدائل الدعوى الجنائية أهدافاً كثيرة تتفق كلها مع السياسة الجنائية الحديثة وأهم هذه الأهداف هى: - (١١)

١- أبعاد مرتكبى الجرائم ذات الخطورة الإجرامية الضئيلة عن جو المحاكم والسجون وإختلاطهم بمرتكب الجرائم الخطيرة والمتعادين عليها .

٢- تخفيف عبء القضاء الجنائى بإستبعاد الجرائم القليلة الأهمية لكى يتفرغ للقضايا

الكبرى لبدائل الدعوى الجنائية أنها تبحث عن حلول النزاع حتى يمكن تجنبه في المستقبل ، بينما يبحث التقاضي عن العنصر المذنب ، كما اقترح بأن يتم تطبيق بدائل الدعوى الجنائية حيث لا يتطلب الصالح العام إجراء المحاكمة في محكمة جنائية ، ويكون الهدف هو البحث عن أسباب النزاع في قانون العقوبات وإزالة نفس الأسباب (١١٦) .

٧- الإقلال من الجهد الذي تبذله الهيئات المكلفة بالبحث الجنائي .

٨ - تجنب قيد الواقعة في صحيفة الحالة الجنائية (١١٧) .

ومن كل ما تقدم يبين بأن بدائل الدعوى الجنائية تحقق هدفاً من أهداف علم الإجرام (١١٨) .

تقسيم بدائل الدعوى الجنائية :

إن تحقيق الأهداف السابقة لبدائل الدعوى الجنائية لا يقتصر على إيجاد بدائل الدعوى في نطاق قانون الإجراءات الجنائية وإنما يجب النظر بعين الاعتبار إلى القوانين الجنائية الموضوعية والإجراءات

معالجتها خارج إطار الدعوى الجنائية .

١- تعاون كافة قطاعات الدولة في مكافحة الإجرام إلى جانب القطاع الجنائي لتحقيق هذا الهدف حيث أن مكافحة الإجرام لم يعد قاصراً على القطاع الجنائي وحده .

٢- حماية المجنى عليه حيث بدأ التركيز في الآونة الأخيرة على حماية المجنى عليه وكان موضوع المجنى عليه في الجريمة من الموضوعات التي أولت الأمم المتحدة اهتماماً خاصاً بها فجعلته من بين أعمال مؤقراً السامح لمكافئة الجريمة ومعاملة المجرمين ، الذي إنعقد سنة ١٩٨٥ لحماية المجنى عليه قد تقتضى الإبتعاد عن مجال الدعوى الجنائية من خلال بدائل . تكفل حماية فعالة له (١١٤) .

٣- البحث عن أسباب النزاع وبذلك الجهود للقضاء على مسبباته في المستقبل (١١٥) .

ولقد قال الأستاذ / زيكورنسكي (كندا) في الجلسة الأولى في المؤتمر الدولي الثالث عشر لقانون العقوبات بأن الميزة

الأهم والأخطر ، وبالتالي لا تهدد جهوداً في أمور يمسيرة يستحسن معالجتها خارج إطار الدعوى الجنائية خاصة بعد ازدياد حجم الدعاوى قليلة الأهمية - كالمخالفات والجناح البسيطة - أمام القضاء بطريقة أصبحت ملائمة للنظر يوماً بعد يوم لدرجة أن تلك الدعاوى تكاد تستنفذ وقت القضاء . ولقد وصل الدور إلى عدة مئات بعد أن كان لا يتعدى المائة ، وهذا الوضع قد يخلق الخلافات بين القضاة والمحامين (١١٦) . لذلك أصبح دور القاضي عسيراً أمام الكم الهائل من تلك القضايا في حين أنه في حاجة إلى وقت كاف للإطلاع على العدد الزاخر من القوانين وتلك المجلدات الضخمة من الكتب القانونية وحضور الجلسات وفحص ملفات القضايا (١١٣) .

٣- توفير الوقت والجهد والنفقات حيث أن عرض القضايا البسيطة على القضاء وعلى كثرتها ، فيها مضیعة للوقت ، وتبديد للجهد ، وإسراف في النفقات ، في حين أن هذه الدعاوى يمكن بل يحسن

بمقتضى قانون ١١ يوليو سنة ١٩٧٥ الذى ألغى المواد ٣٣٩-٣٣٦ من قانون العقوبات الفرنسى كما عدلت المادة ٣١٧ من قانون العقوبات الفرنسى فى سنتى ١٩٧٥ ، ١٩٧٩ بما يجيز الإجهاض لغير ضرورة صحية بشروط معينة (٢٣).

٣- إلغاء بعض العقوبات ، هناك مطالبة متزايدة من أجل إلغاء عقوبات بعض الجرائم فى عدة دول فى غرب أوروبا واسكندنافيا مثل مخالفات المرور والقتل والسب والسرقات البسيطة من المحال التجارية ، والسرقات الصغيرة والإمتناع عن دفع نفقة الطفل (٢٤).

٤- استحداث بعض العقوبات ، لقد ظهر نظام خدمة المجتمع كبديل لبعض العقوبات قصيرة المدة فى إنجلترا وأساس هذا النظام ما تضمنته تقرير لجنة Wootton عام ١٩٨٠ وهذا التقرير جاء خلاصة جهود اللجنة لإيجاد نظام بديل للعقوبات المقيدة للحرية ، وأثر ما تضمنته التقرير من توصيات صدر قانون العدالة الجنائية

والقانون الروسى (٢٥) . ولقد قسمت بعض التشريعات الجرائم تقسيم ثنائى (٢٦) . وهذا التقسيم سيؤدى إلى إخراج طائفة كبيرة من أنماط السلوك المخالف للقانون من الخاضع لأحكام القانون الجنائية ، وتعالج بإجراءات لا تنطوى على إثارة دعوى جنائية بشأنها ، وتخفف عبء القضاء . وفى ألمانيا الديمقراطية تستبعد الجرائم البسيطة من قانون العقوبات (٢٧).

ويتركب على إخراج المخالفات من عداد الجرائم كما قرره أستاذنا العميد / محمود مصطفى التخفيف من أعباء السلطات القضائية بعدم نظر مثل هذه المخالفات ، فالإدارة هى التى تتولى متابعة المخالف والتحقيق معه ومحاكمته ومجازاته وتنفيذ الجزاء عليه (٢٨).

٥- إلغاء بعض الجرائم : فلقد أوصى مؤتمر لاهاى ١٩٦٤ بإلغاء جريمة الزنا إكتفاء بالجزاء المقر فى قانون الأحوال الشخصية ، وقد أخذ بهذه التوصية المشرع الفرنسى

على السواء فلكل قانون من هذه القوانين دوره فى الوصول إلى الأهداف المتفخاة من بدائل الدعوى الجنائية وذلك على الوجه الأتى :

أولاً : دور القوانين الموضوعية فى تحقيق بدائل الدعوى الجنائية :

١- استبعاد المخالفات من عداد الجرائم :

لقد ظهرت فكرة إستبعاد المخالفات من عداد الجرائم بعد أن أصيب قانون العقوبات بنوع من التضخم بما قرره من تجريم أفعال لا حصر لها ، رغم أنها لا تدل على نزعة إجرامية فالمخالفات لا تخرق بشكل جسيم المصالح الإجتماعية والفردية الأمر الذى يتعين معه الوقاية منها وعلاجها وفق إجراءات لا تنطوى على طابع جزائى بقدر ما تنطوى على معالجة ذات طابع إجتماعى ، كما أن المخالفات تعتبر مجرد خروج عن النظام أو عدم إطاعته ، وعلى رأس التشريعات التى أخرجت المخالفات من نطاق التجريم القانون اليوغسلافى ،

الإنجليزى عام ١٩٨٢ ، وأصبحت خدمة المجتمع من بين الجزاءات الجديدة التى يحكم بها القاضى (٢٧٠) .

والجزاءات المستحدثة لخدمة المجتمع لا توقع إلا على الجانحين البالغين ، ويشترط أن تكون متناسبة لمخالفات معينة ويوجب هذا النظام يتعهد من يوقع عليه الجزاء بقبول خدمة المجتمع ، وتتراوح مدة أداء الخدمة ما بين ٤٠ ساعة كحد أدنى ، ٢٤٠ ساعة كحد أقصى ، وينهى أن تؤدى خلال ١٢ شهراً ولقد لاقى هذا النظام حماساً من البداية وارتفع عدد من طبق عليهم من حوالى ١٠٠٠ فرد عام ١٩٧٤ إلى حوالى ١٤٠٠٠ فرد فى عام ١٩٧٨ (٢٧١) .

وبناء على توصيات لجنة شكلت عام ١٩٧٤ شكل وزير العدل الهولندى سنة ١٩٨٠ مجلساً خاصاً لوضع نظام تجريبى لخدمة المجتمع تطبقه عدد من المحاكم وبدأت التجربة إعتباراً من فبراير سنة ١٩٨١ وتقتصر فقط على الجانحين

البالغين ثم إتضح أن التجربة مفيدة أيضاً بالنسبة للأحداث الجانحين (٢٧٢) .

وكانت معظم أماكن العمل المغفارة لمن فرضت عليهم جزاءات خدمة المجتمع تقع فى نفس الحى أو فى الأحياء القريبة كنادية الخدمة فى النوادي ، أو المستشفيات ، أو فى دور المسنين وأعمال الصيانة أو الإصلاح أو الدهانات ، أو العمل فى الحلاء مثل خدمة الحدائق ، أو الغابات ، وكانت السلطات تحرص أولاً على ترويض الجانح وتهديبه وكسبه لصالح المجتمع (٢٧٣) .

وما تقدم يتبين كما قال دكتور/ چنچرتاس (هولندا) أن نظام خدمة المجتمع إجراء يقع فى نطاق معنى البديل الجنائى مع التدخل حيث أن للمدعى العام عن طريق الإتفاق ، أن يقرر مع المتهم الذى يعترف بفعله أن يقدم خدمة للمجتمع ، وعندما تتم هذه الخدمة المطلق عليها يقوم المدعى العام بشطب القضية ولا يلحق المتهم أى سجل جنائى ، وهذا الإجراء

يعتبر بديل للدعوى الجنائية ، أما إذا كان التهم لا يرغب فى أداء خدمة المجتمع - وهذا من حقه - فتنتظر القضية وتذهب إلى القضاء (٢٧٤) .

وأخيراً لقد أبدت لجنة وزراء العدل الهولندية بالإستمرار فى العمل بنظام خدمة المجتمع وأشادت بنجاحه بنسبة ٩٠٪ وأرجعت هذا النجاح للتنظيم السليم فى مرحلته التجريبية (٢٧٥) .

ثانياً : دور القوانين الإجرائية فى تطبيق بدائل الدعوى الجنائية :

فى ضوء الأهداف السابقة تقوم القوانين الإجرائية بتحقيق بدائل الدعوى الجنائية وذلك على النحو التالى :-

١- شكوى المجنى عليه والتنازل عنها : الشكوى هى عمل قانونى يصدر من المجنى عليه بقصد تحريك الدعوى الجنائية فى بعض الجرائم التى يرى المشرع فيها إعطاء مصلحة المجنى عليه الأولوية والإعتبار ، أما التنازل عن الشكوى فهو عمل قانونى يصدر من صاحب الحق فى الشكوى ويترتب عليه إنقضاء هذا الحق ولو كانت ميعاد استعماله لا زال ممتداً (٢٧٦) .

وهناك جرائم حددها المشرع على سبيل الحصر لا يجوز تحريك الدعوى الجنائية عنها إلا بناءً على شكوى من المجنى عليه (٣٧). كما أجاز المشرع لمن قدم الشكوى أن يتنازل عنها قبل صدور حكم بات فيها ويترتب على التنازل إنقضاء الدعوى الجنائية (٣٨).

وتكمن علة تعليق المشرع تحريك الدعوى الجنائية بشأن بعض الجرائم على شكوى المجنى عليه والتنازل عنها في أن الأخير أقدر من النيابة العامة على تقدير ملائمة إتخاذ الإجراءات الجنائية ، وحتى يفسح المجال للجاني وأسرته في إرضاء المجنى عليه للحيلولة دون تقديم هذه الشكوى خاصة وأن تلك الجرائم غالباً ما تنشب بين أبناء الأسرة الواحدة أو من تربطهم أواصر الجيرة ، أو لكونها تنطوي على خطورة ضئيلة لا يستحسن معها تأزيم الأمور إلى حد رفع الدعوى بشأنها ، كما أن المشرع أجاز التنازل عن الشكوى بعد تقديمها تشجيعاً منه إلى سلوك سبيل آخر غير الإستمراء في الدعوى

الجنائية ، وعلى ذلك فإن الشكوى والتنازل عنها يعتبران وجهان لعملة واحدة هي بدائل الدعوى الجنائية (٣٩).

ولقد أوصى مؤتمر العدالة الأول بالنص على إنقضاء الدعوى الجنائية بتنازل المجنى عليه أو ورثته في المخالفات وبعض الجنح مثل الضرب ، والإصابة الخطأ ، أو التهديد والإتلاف . وهذا يدل دلالة واضحة على أن بدائل الدعوى الجنائية أصبحت مطلب لا مناص منه . لذلك نشاهد المشرع المصري بضرورة توسيع نطاق الجرائم المعلق تحريكها على شكوى المجنى عليه وإعطاء الحق في التنازل عنها لجميع الورثة بعد وفاة المجنى عليه مقدم الشكوى .

٢- **الطلب والتنازل عنه :**
يقصد بالطلب - اصطلاحاً - ما يصدر عن إحدى هيئات الدولة سواء بوصفتها مجنياً عليها في جريمة أضرت بمصلحتها أو بوصفتها ممثلة لمصلحة أخرى أصابها الإغتهاء (٤٠) وتقييد حرية النيابة العامة في تحريك

الدعوى الجنائية بتقديم طلب من الهيئة المجنى عليها في بعض الجرائم محددة على سبيل الحصر ورد في قانون الإجراءات الجنائية وفي بعض القوانين الخاصة (٤١) ولن قدم الطلب أن يتنازل عنه كتابة (المادة ١٠ من قانون الإجراءات الجنائية) . ويشل الطلب والتنازل عنه بدليل من بدائل الدعوى الجنائية ، كالشكوى والتنازل عنها مع اختلاف بينهما في أن المجنى عليه شخص خاص في الشكوى بينما هو شخص عام في الطلب.

٣- **الدية في الشريعة الإسلامية :** الدية كما عرفها فقهاء الشريعة مال مؤدى في مقابلة متلف ليس بمال وهو النفس (٤٢) ، ويتحمل عبء الدية الجاني في حالة العمد أما في غير العمد فعائنه هي التي تتحمل مقدارها ويرجع ذلك إلى فكرة تضامن جميع أفراد القبيلة أو الأسرة في المسائل الجنائية ويتفق بالدية في حالة القتل من لهم حق طلب القصاص ، وهم ورثة القاتل أما في حالة

إلى ما قبل صدور حكم نهائى فى الدعوى ، أن يصدر قراراً بالتصالح .

والصلح بوصفه بديل عن الإستمرار فى مباشرة الدعوى يجب أن يكون ، تنصراً على الجرائم التى لا تنطوى علم، خطورة إجتماعية ويغلب فيها الجانب الشخصى للحق المعتدى عليه دون الجانب الإجتماعى .

ولقد أوصت الندوة العلمية التى أقامها المركز القومى للبحوث الإجتماعية والجنائية بجمهورية العراق^(٤١) على أن تستحدث بدائل جديدة للدعوى الجزائية ، وإسناد حسم بعض الدعاوى الخاصة بالجرائم ذات الخطورة الإجتماعية الضئيلة بالمنظمات الجماهيرية والمهنية على أن تخضع قراراتها إلى الطعن أمام القضاء والتوسع فى قبول الصلح والتنازل والصفح فى الجرائم البسيطة ، وجانب من جرائم الخطأ .

٥ = **الامر الجنائى** : لقد أخذت معظم التشريعات بنظام الأمر الجنائى كالقانون المصرى (المواد من ٣٢٣ - ٣٣٠) من

ولقد أجازت معظم التشريعات نظام الصلح الجنائى فى بعض الجرائم وخاصة البسيطة منها . فالقانون المصرى أجاز نظام الصلح الجنائى فى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ المعدل بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ بشأن تحقيق العدالة الضريبية حيث أجاز لوزير المالية الصلح فى الجرائم الضريبية المنصوص عليه فى هذا القانون ، كذلك أجاز القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ ، بشأن الجمارك فى المادة ١٢٤ للمدير العام للجمارك أو من ينوبه ، أن يجرى التصالح أثناء نظر الدعوى أو بعد الحكم فيها حسب الأحوال كما أجاز القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون ضريبة الدخل لوزير المالية أو من ينوبه حتى تاريخ رفع الدعوى الجنائية الصلح مع الممول ، كما أجاز القانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم التعامل بالنقد الأجنبى ، والمعدل بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ فى مادته ١٩٤ - ١٩٨ للوزير المختص فى حالة تقديم الطلب أو فى حالة تنازله عنه

المجروح أو قطع الأعضاء فالمتنفع بالدية هو المجنى عليه أو وليه إذا كان لا يزال قاصراً (٢٨) .

وإذا قام المجنى عليه أو عائلته بأداء الدية للمجنى عليه أو ورثته " ولى الدم " إنتضى حق الأخير فى طلب القصاص وبالتالي يمكن القول بأن الدية هى بديل عن طلب القصاص وذلك فى لغة الشريعة الإسلامية الغراء ، أما فى لغة القانون الوضعى فالدية تعتبر بديلاً عن الدعوى الجنائية فى جرائم القصاص (٢٩) .

٤ = **الصلح الجنائى** : يهدف نظام الصلح إلى جعل الإجراءات أكثر تبسيطاً واختصاراً بالنسبة للمخالفات قليلة الأهمية ، وعدم إرهاق القضاء وأجهزة العدالة والمخالفين أنفسهم بإجراءات طويلة ، فلقد أوصى المؤتمر العربى الثامن للدفاع الإجتماعى^(٤٠) بتبسيط الإجراءات والمصطلحات الجنائية وتقريب القضاء من المواطنين واستخدام الإجراءات المختصرة لتخفيف العبء عن القضاء .

من قانون الإجراءات والقانون
الألماني (المواد من ٤٠٧ -
٤١٢ من قانون الإجراءات)
والقانون الإيطالي (المواد من
٥٠٦ - ٥١٠ من قانون
الإجراءات) ، ويعتبر الأمر
الجنائي نوع من أنواع الصلح
وكثير من التشريعات تجعل من
الصلح والأمر الجنائي نظاماً
واحدًا (٤٦) .

ولنظام الأمر الجنائي مزايا
كثيرة ، أهمها تبسيط إجراءات
الدعوى وسرعة الفصل فيها
خاصة في الدعاوى قليلة
الأهمية . وقد يتساؤل البعض
عن مدى إتفاق هذا النظام مع
مبدأ لا عقوبة بغير خصومة ؟
ويمكن القول بأن نظام الأمر
الجنائي لا يصبح نهائياً إلا إذا
أُخطِر به المتهم على وجه رسمي ،
ولم يعترض عليه (٤٧) فإذا ما
اعتترض عليه يسقط الأمر
ويعتبر كأن لم يكن (المادة
٢/٣٧٧ إجراءات مصرية) .

ويعتبر الأمر الجنائي بديل
هام من بدائل الدعوى الجنائية

خاصة إذا وسع المشرع من
نطاقه (٤٨) ولقد أوصى مؤتمر
العندالة الأول بالتوسع في
الأوامر الجنائية وذلك برفع الحد
الأقصى للغرامة التي يجوز
توقيعها من القاضي أو النيابة
العامة مع تحويل وكيل النيابة
حق إصدارها (٤٩) .

٦- عدم رفع الدعوى
الجنائية بناءً على اعتبارات
الملازمة : فلقد أخذ المشرع
المصري مبدأ الملازمة في رفع
الدعوى الجنائية، وذلك في المادة
٦٦ إجراءات والتي تنص على
" إذا رأت النيابة العامة أن لا
محل للسير في الدعوى تأمر
بحفظ الأوراق " .

وبلاحظ أنه ليس هناك
تناقض بين مبدأ الملازمة وبين
واجب الدولة في العقاب
لممارسة هذا الواجب لا يعنى
توقيع العقاب على كل من
يرتكب جريمة وإنما يجب تفريد
هذا العقاب وفقاً للشخصية
الإجرامية للجاني وهذا التفريد
بالضرورة يجب أن يقابله في

مرحلة الإتهام تفريد إجرائي
مماثل يستبعد بعض المتهمين
عن مخاطر المحاكمة إذا دعت
لذلك إعتبارات الصالح العام (٥٠) .

يتبين مما سبق أن هناك
إرتباط وثيق بين تطور مضمون
سلطة الدولة في العقاب ،
وبدائل الدعوى الجنائية ، ولقد
وصل هذا الإرتباط إلى حد
إرتباط السبب بالنتيجة ، أو
كما قال أستاذنا العميد
الدكتور / أحمد فتحي سرور
في المقال المقدم للمؤتمر الدولي
الثالث عشر لقانون العقوبات
أن تطور مضمون سلطة الدولة
في العقاب قد وجد في الصيغة
الإجرائية لهذه البدائل وعاء
يحقق فيه آفاق المستقبلية .

كما تبين لنا بجلاء الدور
الذي يلعبه المجنى عليه في
تحقيق بدائل الدعوى الجنائية ،
خاصة بالنسبة للشكوى ،
والتنازل عنها ، والطلب ،
والتنازل عنه ، والصلح الجنائي ،
والدية في الشريعة الإسلامية ،
وهذا ما سيكون محلاً للبحث
فيما بعد إن شاء الله .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١) أنظر دكتور : أحمد فتحى سرور " الشرعية والإجراءات الجنائية " ، دار النهضة العربية سنة ١٩٧٧ ص ١٤ .

(٢) Tullio Delogon, la lor penal et son application cours de do ctorat 1956 p. 172 .

(٣) أنظر دكتور : ضارى خليل محمود " بدائل الدعوى الجنائية " بحث مقدم إلى المؤتمر الدولى الثالث عشر لقانون العقوبات المتعقد بالقاهرة سنة ٨٤ لى ٢ .

(٤) ثار نقاش فى اللغه حول الطبيعة القانونية لسلطة العقاب ، فهناك رأى يضى على هذه السلطة وصف الحق الشخصى للدولة ، وهناك رأى آخر يرى فى هذا الوصف إستمرار من القانون الخاص لا تتفق مع طبيعة القانون العام ، خاصة وأن من مستلزمات الحق الشخصى أنه يتجه إلى تحقيق مصلحة شخصية ، أما الدولة فهى تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة . أنظر بشىء من التفصيل دكتور أحمد فتحى سرور " نظرية البطلان " المرجع السابق ص ٢٣ ، دكتور عبد الفتاح مصطفى الصيلى " حق الدولة فى العقاب " ١٩٧١ ص ٣٧ ، دكتور محمد عوض الأحرل " إنتقضاء سلطة العقاب بالتقادم " - رسالة دكتوراة القاهرة سنة ١٩٦٤ ص ٧٠ .

(٥) أنظر دكتور : أحمد فتحى سرور " الحماية الجنائية للخص فى الحياة الخاصة " دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٨٦ ص ٨٤ ، ٨٥ .

(٦) أنظر دكتور : أحمد فتحى سرور " الشرعية والإجراءات الجنائية " المرجع السابق ص ١٧ ، ١٨ .

(٧) أنظر فى عرض هذه المشكلة دكتور : فوزية عبد الستار " المبادئ العامة فى علم العقاب " سنة ١٩٨٢ ص ٣٠ ، ٣١ .

(٨) أنظر دكتور : أحمد فتحى سرور " المشكلات المعاصرة للسياسية الجنائية " مجلة القانون والإقتصاد - العدد الخاص بالعيد المشورى لكلية الحقوق سنة ١٩٨٣ ص ٤١٦ .

(٩) أنظر دكتور : ضارى خليل محمود ، المرجع السابق : ص ٢٠ .

(١٠) أنظر دكتور : أحمد فتحى سرور ، بدائل الدعوى الجنائية ، تقرير مقدم للمؤتمر الدولى الثالث عشر لقانون العقوبات - مطبوعات الجمعية المصرية للقانون الجنائى ، القاهرة ١٩٨٤ ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١١) أنظر التقرير العام والقرارات الصادرة من الندوة الدولية لقانون العقوبات التي عقدت في طوكيو باليابان وذلك في الفترة من ١٤-١٦ مارس سنة ١٩٨٣ REVUE INTERNETION DE DIOT PENAL 1983 VOL 54 P.909 _910.

(١٢) فالقاضي يرى أمامه دول طويل مريك ويريد أن يتجزء ومن ناحية أخرى فإن المحامي لديه رغبة حارة في إرضاء ضميمه وذلك بعرض وقائع القضية وأسائده دفاعه بالتفصيل - أنظر حضرة المستشار الكبير : محمد مختار عبد الله ، المحاماة في نظر القاضي ، محاضرة أقيمت على المحامين تحت التمرين بقاعة محكمة الإستئناف . مجلة المحاماة ، السنة الثالثة والثلاثون ص ٥٥٦ .

(١٣) ولقد نادى بعض الفقهاء بإنشاء أمانة فنية في كل محكمة لتحضير الجانب القانوني في الدعوى فتضع أمام القضاة تصوص القوانين وأحكام القضاء وتكون تحت تصرفهم في إجراء الدراسات التي يتطلبها الفصل في الدعوى ، أنظر دكتور : أحمد فتحي سرور ، الشريعة والإجراءات الجنائية المرجع السابق ص ١٨٣ .

(١٤) أنظر دكتور : أحمد فتحي سرور ، التقرير سابق الإشارة إليه ، المؤقت الدولي الثالث عشر لقانون العقوبات .

(١٥) أنظر التقرير العام لندوة طوكيو .

(١٦) أنظر ملخص الجلسة الأولى للقسم الثالث : بدائل الدعوى الجنائية ، الصادرة عن المؤتمر الدولي الثالث عشر لقانون العقوبات وعقدت تلك الجلسة يوم الثلاثاء ٢ أكتوبر سنة ١٩٨٤ برئاسة الأستاذ / هيرانو (اليابان) .

(١٧) أنظر التقرير العام لندوة طوكيو Rev -ántr - dr pen' opat P. 909.

(١٨) أنظر دكتور : أحمد فتحي سرور ، المشكلات المعاصرة للمسئابة الجنائية مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٣ ص ٦٥ .

(١٩) ولقد إنتقد هذا الإجهاء من بعض الفقهاء . أنظر دكتور : محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة لعام ١٩٧٠ ص ٦٤ .

(٢٠) لقد أكد المشرع العراقي في قانون إصلاح النظام القانوني في الفصل الخاص بالتشريعات الجزائية على أن المخالفات إنما هي أعمال تعكس مواقف سلبية إزاء

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

الضبط وتضع المراقيل نشاط السلطة العامة أو تعميق تطوير الحياة الاجتماعية إلا إنها لا تخرق بشكل ملموس مصالح المجتمع أو المواطنين الأمر الذي يبرهن معه علاجها وفق إجراءات ملائمة لا تأخذ شكل دعوى جزائية إنما تقوم على أساليب تعتمد على اللجوء إلى التشقيق والتنبه وفرض قهاري ذات طبيعة جزائية وذلك بغية مساعدة مرتكبيها على نهذ نواصمهم وتنمية روح الضبط الواعي لديهم واحترام القوانين والأنظمة (٢١) أنظر قانون إصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ دار الحرية للطباعة - بغداد ١٩٧٧ ص ٧٠، ٧١.

(٢٢) أنظر دكتور / محمود محمود مصطفى ، مقال عن إخراج المخالفات من قانون العقوبات - مجلة الشرق الأدنى بيروت سنة ١٩٦٧ وأيضاً تقرير سيادته عن موضوعات المؤتمر الدولي الثالث عشر لقانون العقوبات الصادر عن الجمعية المصرية للقانون الجنائي بخصوص التقارير المقدمة للمؤتمر سنة ٨٤ ص ٢٦.

(٢٣) أنظر دكتور : محمود محمود مصطفى التقرير العام عن موضوعات المؤتمر الدولي الثالث عشر لقانون العقوبات الذي عقد بالقاهرة في الفترة من ١-٧ أكتوبر سنة ٨٤ ص ٢٧ من الكتاب الصادر عن الجمعية المصرية للقانون الجنائي عن التقارير المقدمة من الجمعية للمؤتمر مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٤.

(٢٤) أنظر الدراسات المقدمة إلى مؤتمر الأمم المتحدة الخامس لمنع الجريمة والذي إنعقد بجنيف في سبتمبر ١٩٧٥ ، المجلة العربية للملغ الاجتماعي العدد - السادس سنة ١٩٧٧ ص ٦٥.

(٢٥) Dr josine junjer . tas the dutch ex periments with com-munity seruce, ministry of justce the hajue. utheralands 1984 p.3.

(٢٦) أنظر النشرة الإحصائية لوزارة الداخلية في بريطانيا في مارس سنة ١٩٨٠.

Dr. josine junjer __ tes opit p.4-5.(٢٧)

. ١٥ op cit p.(٢٨)

(٢٩) أنظر ملخص الجلسة الأولى للقسم الثالث (بدائل الدعوى الجنائية) المؤتمر الدولي الثالث عشر لقانون العقوبات ص ٤.

٣٣, Dr josine junje. tas, opcit p.(٣٠)

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(٣١) أنظر دكتور : أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية المربع السابق ص ٦٧٤ ، ٦٨٨ .

(٣٢) المادة ١/٣ من قانون الإجراءات الجنائية المصري ، المادة ٣ من أصول المحاكمات الجزائية العراقي ، المادة ١٤ من قانون الإجراءات اليمنى .

(٣٣) المادة ١٠ من قانون الإجراءات الجنائية المصري ، المادة ١٨ من قانون الإجراءات الجزائية اليمنى ، الفقرة ج من المادة ٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي .

(٣٤) أنظر البحث المقدم منا لمؤتمر العائلة الأول ، بعنوان تبسيط الإجراءات أمام القضاء الجنائي ص ٨ ، ٩ .

(٣٥) أنظر دكتور : أحمد فتحي سرور ، المربع السابق ص ٦٩٢ .

(٣٦) أنظر المادة ٩.٨ من قانون الإجراءات الجنائية ، المادة ١٨١ ، ١٨٣ من قانون العقوبات والمادة ٧٥ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بفرض ضريبة على إيرادات رؤس الأموال المنقولة وعلى الزبواج التجارية وغير التجارية والصناعية وعلى كسب الصل ، والمادة ٢/١٤ من القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٦ بشأن التعامل بالنقد الأجنبي ، والمادة ١٧٤ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ بشأن الجمارك .

(٣٧) المبسوط للسرخس الجزء السادس والعشرون ص ٥٩ ، أين عاهدين الدار المختار الجزء الخامس ص ٣٧٩ .

(٣٨) أنظر دكتور : على صادق أبو هيف المربع السابق ص ٥٥ ، ٥٨ .

(٣٩) أنظر دكتور : أحمد فتحي سرور ، التقرير سابق الإشارة إليه ، المؤتمر الدولي الثالث عشر لقانون العقوبات ص ٢١٧ .

(٤٠) أنعقد هذا المؤتمر في الرباط في الفترة من ١٤ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٧٧ والتوصيات التي صدرت منشورة بمجلة نقابة المحامين التي تصدرها نقابة المحامين بالأردن ، الملحق رقم ٢ كانون الثاني ١٩٧٨ ص ٢٧٤ .

(٤١) أنعقد هذه الندوة في الفترة من ٨ - ٩ أيلول عام ١٩٨٥ حول العقوبة قصيرة المدد وبمثالها . مجلة البحوث الإجتماعية والجنائية يصدرها المركز القومي للبحوث الإجتماعية والجنائية ووزارة العمل والشؤون الإجتماعية بالجمهورية العراقية العدد الأول - السنة الثالثة عشر ١٩٨٦ ص ٣٦٧ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(٤٢) أنظر دكتور : توفيق محمد الشاوي ، التعليلات التشريعية في قانون الإجراءات الجنائية ، مجلة القانون والاقتصاد المجلد الأول والثاني السنة الثالثة والعشرون مارس ١٩٥٣ ص ١١١ .

(٤٣) أنظر دكتور : أحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ص ١١٣٩ .

(٤٤) أنظر بحثنا سابق الإشارة إليه ص ١٢ .

(٤٥) في الوضع الراهن يشترط القانون أن يكون مصدر الأمر وكيلًا للنيابة من الفئة الممتازة .

(٤٦) أنظر دكتور : أحمد فتحي سرور ، التقرير سابق الإشارة إليه ، المؤتمر الدولي الثالث عشر لقانون المقربات ص ٢٢٠ .

بشر وذلك للأهمية التي أعطاها للميراث .

عن أي جانب آخر فهناك العبادات جاءت أدلتها إجمالية والرسول (ﷺ) أوضحها فحينما فرضت الصلاة فصلى رسول الله (ﷺ) وقال صلوا كما رأيتموني أصلى وكذلك باقى العبادات .

أما الميراث فحدده الحق تبارك بنفسه وأوضح نصيب كل وارث بالعدد النسبى قال نصف والربع والثلث والثلثين والسدس ومثل حظ إثنين .

وذلك لأن الله تبارك وتعالى لو تركه لغيره لرجع تدخل المحابة والمحسوبيات وهنا تحدث الضغائن والكراهية بين أفراد المجتمع الإسلامى لأن النفس بطبيعتها تميل إلى حب المال فينبغي يتجلى الحق تبارك بإيضاح كل وارث فهنا تقف النفس مؤدبة مهذبة مثقلة بخلود

بالدعوة فعل الأمر فى قوله تعالى " أدع " فأدع فعل أمر وكل أمر للموجب ما لم يكن هناك صارف ولم يكن هناك صارف ولذلك فنحن كلنا مأمورون بنشر جمال الشريعة الغراء وما من شك أيها الزميل أن الميراث هو العلم الوحيد الذى سرعان ما ينسى من الذهن فقد قال عنه رسول الله (ﷺ) هو نصف العلم وهو أول علم ينزع من أمتي .

وكذلك نلاحظ ملاحظة هامة أن توزيع الأنصبة للميراث تولى الحق تبارك توزيعها لكل وارث على حدة فى القرآن الكريم قاله سبحانه وتعالى أوضحها إيضاحاً شافياً بحيث إنها لا تقبل التأويل ولا التخصيص ولا التنسخ وكذلك نلاحظ أن الله تعالى لم يترك توزيع الميراث على الورثة للملك ولا لنبى ولا لرسول ولا أبى أى

مع إلحاح الأخوة والزملاء والأساتذة الأفاضل حصول إستكمال سلسلة حالات الميراث بالتفصيل لكل حالة على حدة مع إيضاح جمال الأدلة النابعة من شريعتنا الغراء وتحليلاتها المقتنة .

ولا شك أيها الزميل أن إبراز جمال الشريعة الإسلامية وعدالة الحق تبارك وتعالى فى تحديد أنصبة كل وارث فى كتابة الكريم الذى لا يأتينه الباطل من بين يديه ولا من خلفه . هو ضرب من ضروب الدعوة الإسلامية ويدخل تحت قوله تعالى " أدع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة " فالذى يكتب الذى يساعد على النشر الذى يساعد على الإيضاح .

كل هؤلاء جميعاً يدعون إلى سبيل ربهم بالحق والموعظة الحسنة ، وكلنا مأمورون

الله ينام صاحبها هادئاً لأن كل فرد عرف كل حقه .

أيها الزميل كنا قد تحدثنا عن ميراث الأم والجدان في العدد رقم نوفمبر وديسمبر سنة ١٩٩٠ ص ٧٤ ووصلنا بأن نتحدث عن الأخوة لأم والأخوة والأخوات لأم.

كان العرب يسمونهم أولاد الأخفاء ، وذلك لإختلاف الأبناء حيث أن الأم واحدة ولكن الأبناء مختلفة كأن تتزوج المرأة مرتين فتنجب من الأول أولاداً ثم تتزوج بغيره أخرى فتنجب من الثاني أولاداً ، فأولادها من الزوج الأول وأولادها من الزوج الثاني هم أخوة لأم .

فإذا مات أحد أولادها من الزوج الأول أو الزوج الثاني فالأخوة لأم هنا كلهم يرثون وهم هنا أصحاب قروض وليسوا عصبية . ولنا أن نلاحظ شيئاً هاماً هنا في ميراث الأخوة وهو:-

(١) إيضاح مكانة الأم في الإسلام وكيف قدرها الإسلام إلى هذا الحد وكيف أنها تربط الأولاد رباطاً وثيقاً أقوى من

الأب أحياناً كما ستري وهذا إلتصاف للأموعة وفضلها في شريعتنا الغراء.

(٢) نلاحظ أيضاً أنه لا فرق بين الأخ لأم والأخت لأم فهما متساويان في الميراث وتوقف قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين أي مثل حظ الإنتين ، أي أن الأخت لأم ترث كما كالأخ لأم فالنصيب واحد لا فرق بين ذكر وأنثى بخلاف الأخوة الأشقاء أو الأخوة لأب ، تطبق عليهم قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين .

الحالات مع شرح

الأمثلة والأمثلة

الحالة الأولى:

سكن الشركة للواحد أو الواحدة أماً كان أو أخت بشرط عدم وجود الأصل الوارث وهو الأب وإن علا كآب الأب وأب أب أب .. إلخ .

والفرع الوارث كالإبن وإبن الإبن وإبن إبن وإن نزل وبالمثل وبنت الإبن .

الأمثلة:

(١) توفى وترك ١٢ فدانا وترك ورثة هم جد - أخ لأم - أم ...

الأخ لأم محبوب بالأجل الوارث وهو الجد وتبقى الشركة بين الأم والجد .

نصيب الأم $\frac{1}{3}$ الشركة

$$= 12 \div 3 = 4$$

الباقى للجد وهو

$$= 12 - 4 = 8 \text{ تعصبياً.}$$

(٢) توفى وترك ١٢ فدانا وترك ورثة هم : أب - أم - أخ لأم - أخت لأم - أم أم .

الأب يحبب الأخ لأم والأخت لأم ... الأم تحجب أم أم القرى تحجب البعدي نصيب الأم $\frac{1}{3}$ الشركة لوجود الأخ والأخت لأم . وهو تصدد الأخوة وارثين أم محجوبين فهم يؤثرون على الأم

$$= 12 \div 6 = 2$$

الباقى وهو الأب تعصبياً

$$= 12 - 2 = 10 .$$

(٣) توفى وترك ٩ أفدنة وترك ورثة هم إبن - أخ لأم .

الأخ لأم محبوب بالإين وهو
الفرع السوارث وبأخذ الإين
التركة كلها.

(٤) توفي وترك ٦ أفدنة
وترك ورثة هم : بنت - أم -
عم - أخ لأم .

البنت تحجب الأخوة لأم
والتوزيع كالآتي :

$$\text{البنت} = 2 + 6 = 8$$

$$\text{الأم السلس} = 6 + 6 = 12$$

$$\text{أصحاب الفروض} = 3 + 1 = 4$$

$$\text{الباقى للمم} = 6 - 4 = 2$$

(٥) توفي وترك ١٨ فداناً
وترك ورثة هم : بنتين - أخ
لأم - أخت لأم - أخ شقيق .

الأخ لأم ، والأخت لأم
محبوبان ببنت الإين ويكون
التوزيع كالآتي :

$$\text{بنت إين} \frac{1}{2} \text{ التركة}$$

$$9 = 2 + 18 =$$

الباقى للأخ الشقيق

$$9 = 9 - 18 =$$

وهكذا ترى أن الأصل
الوارث والفرع الوارث والبنت
وبنت الإين يحببون الأخوة لأم
حجب حرمان .

(٦) توفي وترك ١٨ فداناً
وترك ورثة هم : أخت لأم -
أخ شقيق وأخت شقيقة .

$$\text{الأخت لأم} \frac{1}{2} \text{ التركة}$$

$$3 = 6 + 18 =$$

الباقى = 18 - 3 = 15
الأخ الشقيق = 10 والأخت ش = 5
للمذكر مثل حظ الأنثيين ولو كان
مكان الأخت أخ لأم فالمسألة
كما هي :

الحالة الثانية :

ثلث التركة :

عند تعدد الأخوة لأم وانعدام
الأصل الوارث والفرع الوارث
والبنت وبنت الإين .

الأمثلة :

(١) توفي وترك ٦ أفدنة
وترك ورثة هم : أخ لأم -
أخت لأم - أخ شقيق - أختين
شقيقتين ، الأخوة لأم هنا لهم
ثلث التركة = 3 + 6 = 9

$$\text{الأخ لأم} 1$$

$$\text{الأخت لأم} 1$$

نصيب الأخ لأم كالأخت لأم
تماماً ، لا فرق بين ذكر وأنثى

وبالباقي :

$$6 = 2 - 4$$

$$\text{الأخ الشقيق} = 2$$

$$\text{والأختين} = 2$$

وهنا تطبق قاعدة للمذكر
مثل حظ الأنثيين مع الأخوة
الأشقاء .

(٢) توفي وترك ١٢ فداناً
وترك ورثة هم : أختين لأم -
أخوين لأم - أخ لأب - وأختين
لأب .

$$\text{الأختين لأم والأخوين لأم} \frac{1}{2} \text{ التركة} = 3 + 12 = 15$$

والأربعة توزع على كل واحد
منهم فدان للمذكر وفدان للأنثى
لا فرق بين ذكر وأنثى

$$\text{الباقى} = 12 - 4 = 8$$

$$\text{الأخ لأب} 4$$

$$\text{والأختين لأب} 4$$

(للمذكر مثل حظ الأنثيين) .

(٣) توفي وترك ١٨ فداناً
وترك ورثة هم : أخ لأم - أخت
لأم - أخت ش - أم - أخ لأب .

$$\text{الأخ لأم والأخت لأم} \frac{1}{2} \text{ التركة}$$

$$6 = 3 + 18 =$$

الأخ لأب ٣

والأخت لأب ٣

الأب ١/٣ التركة لتعذه الأخوة

$$3 = 6 \div 18 =$$

الأخت ش صاحبة فرض
هنا ١/٣ التركة .

$$9 = 2 \div 18 =$$

جملة أصحاب القروض

$$18 = 9 + 3 + 6 =$$

والباقي للأخ لأب ع والباقي
لا باق له لإستفراق التركة ،
وأنظر هنا إنتصار الأمومة على
الأبوة ، فالأخوة لأب ورثوا
الثلث والأخ لأب لم يبق له شيئاً
فى التركة . هذا هو فضل
الشريعة الغراء ، الإعتراف
بالأمومة ورابطتها القوية التى
هى هنا أقوى من الأب .

الدالة وشرحها

الدليل الأول :

يقول الله تعالى فى كتابه
الكريم (وإن كان رجل يورث
كلاله أو امرأة ، وله أخ أو
أخت فلكل واحد منهما السبس ،
فإن كانوا أكثر من ذلك فهم
شركاء فى الثلث) صدق الله

العظيم هذه الآية فيها مباحث
أصولية وجميلة من عدة وجوه
هى :

(١) ما معنى الكلالة ؟

(٢) ما المقصود بقوله
تعالى (وله أخ أو أخت) هل
هم مطلق الأخوة أم هم الأخوة
لأب ؟

(٣) ما معنى قوله تعالى
(شركاء فى الثلث) .

أولاً :

الكلالة فى اللغة هى
الشخص الذى يموت ولا والد له
ولا ولد بمعنى أنه ليس له أصل
وارث ، وإن علا ، أو فرع ،
وارث وإن نزل ، والبتت بإعتبار
إن القرآن جعلها ولد وبنت الإبن
يعنى أن الورثة هنا وهم الأخوة
لأب أو الأشقاء أو لأب الذين
يرثون الميت وليس له أصل
وارث أو فرع وارث يسكون
ميراثهم عن طريق الكلالة أما
الشفيق أو الأب فيكون حاصب .

وقد وردت الكلالة فى لغة
العرب بهذا المعنى وهى من
لا والد له ولا ولد فيقول
الفرزدق وهو شعر شاعر محل

مادحة من فحول الشعراء .

ورثتم قناة الملك لا عن كلاله
عن ابن مناف عيد شمس وهاشم
فهو يقول لمادحة إن الملك
جاء عن طريق أجدادك وأبائك
وهم إبن مناف وعبد شمس
وهاشم ولم يأتك الملك كلاله عن
طريق الأخوة لأب .

لقد فسر النسي (رحمه الله)
الكلالة بمن مات وليس له والد
ولا ولد وفسرها منيدنا أبو بكر
حيث قال حينما سئل عن الكلالة
أقول فيها وهى من لا والد له
ولا ولد وبها قال سيدنا عمرو
إبن عباس وسيدنا على منظم
الصحابه .

وبهذا نكون قد عرفنا
الكلالة وهى الشخص الذى
يموت وليس له أصل وارث وإن
علا أو ولد وهو الفرع الوارث
وإن نزل .

ثانياً :

ما المقصود بالأخ والأخت
فى الآية : هل هم أى أخوة
(أشقاء ؟ أم لأب ؟ أم لأب ؟)
هل هى هنا مطلقة تعنى أى

أخوة من أى أخوة من أى نوع
أم هى المراد منها الأخوة لأم ؟

نعم يأخى المراد منها هم
الأخوة لأم واليهك الدليل الذى
يقيد المطلق فليس فى الآية
إطلاق بل هناك قيد يجعلنا
نحزم أن المراد بالأخ والأخت هنا
هم الأخوة لأم وهو :

(١) أن آية الكلاله الكريمة
الأخرى التى جاءت فى آخر
سورة النساء ، وتسمى بآية
الشتاء وهى تقول : (يستغفرك ،
قل الله يفتيككم فى الكلاله ،
إن امروء هلك ، ليس له ولد ،
وله أخت ، فلها نصف ما ترك ،
وهو يرثها إن لم يكن لها ولد ،
فإن كانتا إنتين فلهما الثلثان
مما ترك وإن كانوا أخوة رجالاً
ونساءً ، فللذكر مثل حظ
الأنثيين) صدق الله العظيم .

فهذه الآية وهى آية الشتاء
حددت لنا الأخوة الأشقاء
والأخوة لأب ، لأن المعروف أن
الشقيقة لها نصف التركة
والأختين لهما الثلثان ، وإن
كان هناك أخوة ذكور أو إناث
فنتطبق قاعدة للذكر مثل حظ
الأنثيين إذن هذه الآية نصت

على ميراث الكلاله بالنسبة
للأخوة والأخوات الشقيقات أو
لأب وكذلك أوضحت لنا الكلاله
وهى من لا والد له ولا
ولد وما دامت هذه الآية قد
نصت على الأخوة الأشقاء أو
لأب فهذا يعد قيداً على الأخوة
لأم التى وردت فى آية الصيف
وهى (وإن كان رجس يورث
كلاله أو امرأة وله أخ أو أخت
فلكل واحد منهما السدس فإن
كان أكثر من ذلك فهم شركاء
فى الثلث) هذه تسمى آية
الصيف .

فآية الشتاء نصت على
الأخوة الأشقاء أو لأب فهذا
قيد على آية الصيف وجعلها
تكون للأخوة لأم ، لأنه ليس
هناك إخوة سوى الإخوة لأم لأن
الله سبحانه وتعالى نص على
الإخوة الأشقاء أو لأب فى آية
الشتاء ليفهم مباشرة أن الأخوة
المتعينون فى آية الصيف هم
الأخوة لأم .

علارة على أن الآية حددت
السدس للذكر والسدس للأنثى
ولا يكون ذلك إلا مع الأخوة
لأم بعد أن عرفنا أن المراد من
الأخوة هم الأخوة لأم ، فهناك

دليل قوى أيضاً وهى القراءات
المعتمدة فى القرآن الكريم .

فقد قرأ بعض السلف وهو
سيدنا سعد بن أبى وقاص فكان
يقراً (وإن كان يورث كلاله أو
إسراً وله أخ أو أخت لأم)
فكلمة لأم كان يقرأها سيدنا
سعد وهى قراءة معتمدة ضمن
القراءات لذكر القيد فى القراءة
ولو أنها لا تحتاج إلى قيد فهى
مفهومة وهى بلاغة القرآن
الكريم (فى الخلف فى البلاغة
) ونحن نعلم أن خصائص
القرآن الكريم هى بلاغته ،
وحلاوته ، وبيانته ووضوحه .

٣- ما معنى قوله تعالى
(وشركاء فى الثلث) .

وهذا الجزء من الآية يدلنا
على أنه إذا كان هناك أخوين
لأم أو ثلاثة أو أربعة فمهما
كثروا فهم جميعاً ليس لهم إلا
ثلث التركة فقط .

وهنا يقول قائل ما المانع من
أن نوزع للذكر مثل حظ الأنثيين
فهى تدخل ضمن الشركة لأن
الشركة قد يكون هناك نصيب
أكبر من الآخر وتسمى شركة .

هند صاحبة فرض = $\frac{1}{4}$ الشركة

$$١٢ = ٦ + ٢ = ٢ \text{ فدان}$$

محمود وكوثر وأخوين
لأم = $\frac{1}{4}$ الشركة

$$١٢ = ٣ + ٤ = ٤ أفدنة$$

مجموع أصحاب الفروض

$$١٢ = ٤ + ٢ + ٦ = ١٢ \text{ فدان}$$

إنتهت الشركة والباقي

بالتعصيب لأحمد وعائشة

(للمذكر مثل حظ الأنثيين) ولا

باقى لهم فذهب الأخوة الأشقاء

إلى سيدنا عمر وعرضوا عليه

القضية وقالوا له : هب أهبنا

حجراً القيناء في اليوم : وهب أهبنا

نصاراً : أفلا تركت منها عن

طريق أمنا كفا هم ورثوا عن

طريق أمنا هند : أليست أمنا

واحدة وهي هند ؟ لأن الأخوة

لأم ورثوا ليلي عن طريق هند

وقالوا : اعتبر أن زيدا غير

موجود أليست بطن هند هي

التي حملتنا جميعاً ؟ فلماذا هم

يرثوا ونحن لا نرث ؟ فقام عمر

بإشراك جميع أبناء هند في

الثالث بمعنى أن أحمد وعائشة

ومحمود وكوثر كلهم يرثون في

الثالث أي يشتركون في الثالث .

مجموع أصحاب الفروض

$$٦ = ٢ + ٤ =$$

الباقي بعد أصحاب الفروض

$$٦ = ٦ - ١٢ =$$

توزع للمذكر مثل حظ الأنثيين

الأخ ٣ وكل أخت لأب ١.٥

هكذا يكون التفسير الصحيح

مع الأمثلة .

الحالة الثالثة :

وهي المسألة الحجرية / أو

الحصارية / أو المشتركة .

وصورتها كالآتي :

هند تزوجت من زيد وأنجبت

منه ليلي وعائشة وأحمد ، ثم

مات زيد وتزوجت هند من

إبراهيم فأنجبت منه محمود

وكوثر . تزوجت ليلي من خالد

ثم ماتت ليلي وتركت ١٢ فداناً

فتكون ليلي قد تركت :

هند (أم) أحمد (أخ ش)

عائشة (أخت ش) - محمود

(أخ لأم) كوثر (أخت لأم) -

خالد (زوج) فيكون التوزيع

كالآتي :

الزوج صاحب فرض = $\frac{1}{4}$ الشركة

$$١٢ = ٢ + ٦ = ٦ أفدنة$$

نرد عليه بأن الشركة إذا

أطلقت تقتضي المساواة علاوة

على أن الله تعالى حدد للمذكر

السدس والأنثى السدس في

الآية في قوله تعالى (فلكل

واحد منها السدس) صدق الله

العظيم ، بعد قوله تعالى أخ أو

أخت فلم يفرق بين الأخ وبين

الأخت معنى ذلك لا بد أن تكون

كلمة (شركاء) تعني الآتي :

أنه لا فرق بين الذكر والأنثى

في الأنصاء علاوة على ذلك

فإن كلمة (أكثر من ذلك)

مهما كان العدد ذكوراً أم إناثاً

أو خليط بين الإناث والذكور

فلهم الثلث فقط وإليك مثلاً

على ذلك .

توفى وترك ١٢ فداناً وله

ورثة هم : أخوين لأم - وأختين

لأم - أم - أخ لأب - أختين لأب .

نصيب الأخوة لأم

$$١٢ = ٣ + ٤ = ٦$$

هذه الأربعة توزع بواقع فدان

لكل منهم لا فرق بين ذكر

وأنثى عملاً بقوله تعالى (إن

كانوا أكثر فلهم شركاء في

الثلث) صدق الله العظيم

$$١٢ = ٦ + ٦ = ١٢ \text{ نصيب الأم}$$

وهنا يكون التوزيع كالآتي :
الثلث وهي الأربعة أفدنة توزع
على الأربعة ، توزع على جميع
الأخوة لأم بالتساوى كل واحد
فدان ، وسميت بذلك المسألة
المشتركة ولها شروط وهي :

(١) أن يكونوا جميعاً من
أم واحدة .

(٢) ألا يكون هناك باق فى
التركة ولعلك تلاحظ شيئاً هاماً
هو أن الأخ ش أخذ فدان
والأخت ش أخذت فدان فقد
يقول قائل لماذا لا يكون
الفدانين معهما للذكر مثل حظ
الأنثيين ؟ فنجيب عن ذلك بأنه
فى الشركة يكون الجميع
متساوون لا فرق بين ذكر وأنثى
حتى ولو كان فيها عصبات
لأنهم أصبحوا تابعين للأخوة. لأم
والتابع يأخذ حكم متبوعه فى
التوزيع .

(مثال)

توفيت وتركته ١٢ فدان
وتركت : زوج - أخوين لأم - أخ
ش وأخت ش .

$$\text{الزوج} = \frac{1}{3} = 12 \div 3 = 4$$

أخوين لأم $\frac{1}{3}$ التركة .

$$4 = 3 + 12 =$$

الباقى لأخ ش والأخت ش

$$12 - 4 = 8$$

فالفدانين توزع بين الأخ ش
والأخت (للكر مثل حظ الأنثيين)

يعنى أن الأخ ش يأخذ ٣٢
قيراطاً والأخت ش تأخذ ١٦
قيراطاً (وهو الأخ التعيس لأن
الأخت الشقيقة لو وحدها
لأخذت نصف التركة)

فالأخوين لأم هنا أخذوا
أربعة أفدنة والأخ ش والأخت
ش فدانين فقط ، وعلى ذلك
فشرط الإشتراك ألا يكون هناك
باق فى التركة وألا يكون هناك
ميراث للأشقاء ولو يسيراً ،
كما رأيت فى المثال. وأنظر معى
نص المادة ١٠ من قاننون
٤٣/٧٧ .

لأولاد الأم فرض المسند
والثلث للأنثيين فأكثر ذكورهم
وإناتهم فى القسمة سواء بسواء
وفى الحالة الثانية إذا استغرقت
الفروض التركة يشارك أولاد
الأم الأخ الشقيق أو الأخوة
الأشقاء بالإنفراد أو مع أخت
شقيقة أو أكثر ويقسم الثلث
بينهم جميعاً على الوجه المتقدم

(ولنا ملاحظات على هذه المادة
وطريقة صياغتها) هى صاحب
الرسالة (المالكى وضع نظاماً
جميلاً سمى الرحيب حيث يقول
إسمع يا أخى هؤلاء إلقاذا
الذين جهقوا الميراث بالنظم
الجميل الذى يحفظ والثلث
للأنثيين أو إثنيتين . من ولد الأم
بغير مبن (١) .

وهكذا أن كثر أو زادوا (١)
فصالحهم فيما سواء زاد .

وتستوى فيه الذكور والإناث (٢)
كما قد أوضح المسطور (٣)

وأن تجدد زوجاً وأماً
ورثاً وأخوة للأم حازوا الثلث .

وأخوة أيضاً لأم وأب (٤)

(٣) واستغرقوا المال بفرض
التصيب فاجعلهم كلهم لأم (١)

واجعل أهام حجراً فى اليوم (٢)

وأقسم على الأخوة ثلث
التركة .

فهذه هى المسألة المشتركة .

لله درك أيها الناضم فلقد
أرحتنا من الغموض الذى جاء
فى نص المادة ١٠ من القانون
٤٣/٧٧ وأعطينا أمثلة جميلة
وواضحة .

١- الملاحظة الأولى:

كان المفروض أن يقسم (الأخوة لأم) بدلاً من أولاد الأم لأن القرآن الكريم عبر بأسلوب الأخوة لأم .

٢- الملاحظة الثانية:

عبارة (يشارك أولاد الأم الأخ الشقيق أو الأخوة الأشقاء أو مع أخت شقيقة أو أكثر) ربما البعض يظن أن فاعل يشارك هو أولاد الأم وإنما فاعل (يشارك) هو الأخ الشقيق أو عاطفة وتفيد التنوع والتوزيع ، أما عبارة (أو مع أخت شقيقة فهي منطوقة مع الأخوة الأشقاء بمعنى أن نص المادة يريد أن يقول لو أن التركة إستغرقت ولم يبق للأخوة الأشقاء شيئاً سواء

كانوا رجالاً أو إناثاً فهم يشاركون الأخوة لأم في الثلث لا فرق بين ذكر وأنثى ، ونحن نرى الصياغة الصحيحة للمادة والتي تفهم مباشرة هي كالآتي : للأخ لأم السدس للواحد أو الواحدة والثلث لإثنين فأكثر يتسوى فيه الذكر والأنثى ، وإذا إستغرقت التركة وبها أخوة أشقاء لهم الباقي ، ولا باق فهم يشاركون الأخوة لأم ، ويتساوى الأخوة لأم والأشقاء في الثلث لا فسرقة بين ذكر وأنثى .

ولكننا نجد الإمام أبى حنيفة لا يحمل بالإشتراك ويعطى للأخوة لأم الثلث كاملاً وحجته أن هذا مفروض لهم من الله تعالى ، وفي بعض الأحيان نجد

أن الأخت ش صاحبة فرض من أكثر من الأخوة لأم .

مثال:

توفت وتركت ١٢ فدان
وتركت أخت لأم - أخت ش -
أخ لأب .

أخت لأم $\frac{1}{4}$ التركة .

$$= 12 \div 4 = 3 \text{ فدان}$$

الأخت ش $\frac{1}{4}$ التركة .

$$= 12 \div 4 = 3 \text{ أفدنة}$$

الأخ لأب بقية التركة

$$= 12 - (3 + 3) = 6$$

وهكذا وجدنا أن الأخت ش لما كانت صاحبة فرض أخذت النصف وحدها .

والى اللقاء مع ميراث الحمل

الحقيقة ...

إن الذي يعرف الحقيقة ولا يناضل من أجلها ، أشد جوعاً
من الذي ينكر الحقيقة .

حكيم

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١) مدين = التفرقة والنظم .

(٢) أى الأخيرة لأم .

(٣) لا فرق بين ذكر وأنثى .

(٤) المستطرد = القراءة .

(٥) الأشقاء .

(٦) أى كأنهم أخوة لأم فيكون لهم الثلث .

(٧) أى متعصم .

المراجع

(١) الدكتور / مصطفى شحاته الموارث وفق القانون الجديد مقرر

على طلبة كلية الشريعة والقانون .

(٢) المرحوم الإمام الشيخ أبو زهرة .

(٣) فتح القدير .

(٤) الكواكب الدرية فى فقه المالكية مقرر على طلاب الثانوى فى

المعاهد الأزهرية .

(٥) أبو بكر الجزائرى فى الميراث .

(٦) كشف النقاب لأبى بكر الجزائرى .

سيجانب وقوع عديد من
المفارقات :

(ج) أن الهدف من المشروع
هو تفسير من المشرع لمفهوم
المؤمن عليه .

(د) أن قسم التشريع بمجلس
الدولة قد وافق على المشروع .

وتعليقاً على ما تقدم نعرض
الملاحظات الآتية :

١- الملاحظة الأولى :

ليس صحيحاً أن هناك خلافاً
في الرأي في تطبيق نص المادة
الأولى من القانون رقم ١٠٧
لسنة ١٩٨٧ فالأحكام القضائية
الصادرة من محاكم مجلس
الدولة سواء محكمة القضاء
الإداري أو المحكمة الإدارية
العليا مستقرة على إن اشتراط
أن يكون المنتفع بحكم تلك
المادة قد أحيل إلى المعاش
إعتباراً من ١٩٨٧/٧/١
تاريخ العمل بذلك القانون

التعديل حسبما جاء بالصحف
الآتي :

(١) إنه يحسم الخلاف في
شأن تطبيق هذه المادة .

(٢) أن الأخذ بالرأى الذي
يلهب إلى إنتفاع من خرج من
الخدمة قبل ١٩٨٧/٧/١
يحمل الدولة مبالغ جسيمة
قدرتها الحكومة بنحو ٥٢٧
مليون جنية .

(٣) إن هذا الرأى يخلق
تفرقة في المعاملة بين من أحيل
إلى المعاش قبل وبعد
١٩٨٧/٧/١ .

(٤) وعززت الدكتوراة وزيرة
التأمينات مبررات التعديل
بالآتي :

(أ) أن مبدأ سريان القانون
الجديد بأثر رجعي لا ينشئ أى
قاعدة جديدة ولا يمس مراكز
قانونية قائمة .

(ب) أن المشروع المعروض

إذا كان لمجلس الشعب حق
الرقابة ومحاسبة الحكومة
باعتباره ممثلاً للشعب فإن
للمعاش (الأصيل) الحق في
الرقابة ومحاسبة مجلس الشعب
على الوجه المبين بالدستور .

في نهاية عام ١٩٩٠ إنتطلق
صاروخ من مجلس الشعب
أصاب فئة من المحالين إلى
المعاش إذ وافق مجلس الشعب
في باكورة عهده وبسرعة مذهلة
على مشروع قانون بتعديل
المادة الأولى من القانون رقم
١٠٧ لسنة ١٩٨٧ ومن شأن
هذا التعديل أن يقصر الإنتفاع
بالحقوق المقررة في تلك المادة
على من كان موجوداً في الخدمة
في ١٩٨٧/٧/١ وحرمان
المحالين إلى المعاش قبل هذا
التاريخ من هذه الحقوق التي
كانت مقررة لهم بالقانون رقم
١٠٧ لسنة ١٩٨٧ .

وقد برزت الحكومة هذا

يعتبر إضافة لشرط من شروط تلك المادة لم يرد به نص ، بل أن صياغة النص تنفي تطلب هذا الشرط (حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٣٦ لسنة ١٩٩٠ ق الصادر بجلسة ١٢/٢/١٩٩٠) .

وبين من ذلك أن الغرض من هذا القانون هو تقنين رأى الوزارة وفرضه تشريعياً ملزماً للمحاكم مع ما في ذلك من تدخل في سير القضايا المنظورة وعدم الالتزام بما تقضى به الأحكام على الرغم من أنه لا يخفى على أحد أن الأحكام عنوان الحقيقة .

٢- الملاحظة الثانية :

بررت الحكومة تقديم المشروع بأنه سيوفر على الدولة ٥٢٧ مليون جنيه قيمة ما تحصله تطبيقاً للنص قبل التعديل .

وردأ على ذلك المبرر أقول أن المبادئ مستقرة في القضاء الإداري الذي يضع المصلحة العامة وصالح الخزانة في اعتباره دائماً على أنه متى صدر قانون بالتزامات مالية

تعين على الدولة أن توفر وتعتمد المبالغ اللازمة لتنفيذه ومقتضى ذلك أنه لا يسوغ للدولة أن تتحلل من التزاماتها القانونية بالإحتماء بقلة المال . فهذه الاعتبارات كان الواجب مراعاتها وتوقيها قبل إصدار القانون وليس بعده .

وتشياً مع هذا المبدأ المسلم به التفتت المحكمة الإدارية العليا في القضية السالفة ذكرها - ويحق - عن الدفع المبدي من الحكومة بما يصيب الصناديق .

ومن الأدلة على عدم سلامة هذا المبرر الذي تذرعت به الحكومة لإصدار القانون مايلي :

١) قلة حجم الشريحة المستفيدة من حكم المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ قبل تعديلها فهي بالتحديد الذين تركوا الخدمة في ١/٤/١٩٨٤ تاريخ الإشتراك في معاش الأجر المتغير حتى ١/٧/١٩٨٧ . ولا يغيب عن الأذهان إن عدداً كبيراً من أفراد هذه الفئة قد لحقوا بهم نزولاً على حكم

السن وتركوا من الأرامل والأيتام من هم أولى بالرعاية وهذه هي الفئة التي حرمتها الحكومة من حقوقها وانبرت وحدها تسوق ما يعن لها من مبررات هذا الحرمان مستعينة في ذلك بالسلطة التشريعية في البلاد . وإن الهدف الحقيقي من القانون هو إنهاء القضايا المقدمة ضد الحكومة لصالح الحكومة عن طريق مجلس الشعب .

٢) والأمر المؤسف حقاً إن الحكومة لم تقدم بياناً إحصائياً بالأساس الذي خلصت منه إلى تحديد مبلغ ال ٥٢٧ مليون جنيه حتى يمكن مناقشتها موضوعياً في الآثار المالية التي زعمتها الحكومة وهو ما نبه إليه السيد الدكتور رئيس مجلس الشعب حينما بلور جوهر مشروع القانون بأنه هو الآثار المالية وذلك حسيماً جاء بصحيفة الوفد الصادرة في يوم ١/١/١٩٩١ .

٣) الغريب حقاً أن يكون العنصر المالي هو الدافع إلى إصدار قانون ليس له من أثر إلا على الماضي ، ولا ينال هذا

العنصر حظه من المناقشة أو الدراسة إكتفاءً بالقول بأن الميزان المالي للصناديق مهدد ومع ذلك لا يتطرق البحث إلى الحالة المالية للصناديق التي قيل بأنها مهددة على الرغم من أن وفرة مواردها تسمح بإقراض الحكومة بفوائد ميسرة .

٤. لو افترضنا جدلاً أن الصناديق مهددة وإن الهدف من القانون الجديد هو توقي الآثار المالية - وهو ما لا نسلم به - فقد كان من الممكن للحكومة أن تسلك سبيلاً آخر يتسم بالشروعية وهو إجازة شراء مدد في معاش الأجر المتغير أسوأ بما فعلته بالنسبة لمعاش الأجر الأساسي متفادية بذلك المساس بالحقوق المكتسبة وسريان القانون على الماضي .

٣- الملاحظة الثالثة :

إن القول بأن إنتفاع من خرج من الخدمة قبل ١٩٨٧/٧/١ بالميزة التي تقرها المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ يخلق تفرقة في المعاملة بين من أحيل إلى المعاش قبل وبعد ١٩٨٧/٧/١ غير

صحيح، بل على النقيض أن القول بقصر الإنتفاع على من كان في الخدمة في ١٩٨٧/٧/١ هو الذي يخلق تفرقة دون مقتضى بين أصحاب المراكز القانونية المتماثلة . ذلك إن القانون الجديد هو الذي سيؤدى إلى تمييز من خرج من الخدمة في ٨٧/٧/١ عن زميله الذي سبقه بيوم واحد وخرج من الخدمة في ١٩٨٧/٦/٣٠ رغم تماثلهما في المركز القانوني إزاء الصندوق دون مبرر لهذه التفرقة التحكيمية.

وإذا صدر القانون منشأ لهذه التفرقة غير المبررة فإنه يكون مخالفاً لحكم المادة ٤٠ من الدستور التي تقضى بأن المواطنين لدى القانون سواء في الحقوق والواجبات .

٤- الملاحظة الرابعة :

ونقصرها على الرد على ما قررتة الدكتور وزير التأمينات أمام مجلس الشعب حسبما جاء بصحيفتى الأهرام والوفد الصادرين يوم ١٩٩١/١/١ .

قالت الدكتورة وزيرة التأمينات إن مبدأ السريان بأثر رجعي لا ينشئ أى قاعدة جديدة ولا يمس مراكز قانونية قائمة .

والصحيح في القانون إن سريان القانون على ما وقع قبله ينطوي على الرجعية إلا في القوانين التفسيرية وهذه القوانين يجب ألا تتعدى إيضاح ما أبهم من ألفاظ أو تكميل ما إقتضب من نصوص أو تفريغ ما غصص من أحكام أو التوفيق بين ما وقع بين أجزاء القانون المفسر من تناقض دون إنشاء أى قاعدة جديدة وإلا فإنه يكون قانوناً معدلاً للقانون ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ وليس قانوناً تفسيرياً وإن وصف بذلك بغير حق إبتغاء تحقيق الأثر المترتب على إعتباره قانوناً تفسيرياً .

وجدير بالذكر أن إصدار قانون تفسيرى بما يقتضيه من سريان على الماضي يعد أبغض المباح لما له من أثر رجعي يمس حقوق فئة من المواطنين ولا يصح إصدار قانون تفسيرى إلا إذا توافرت الدواعى الحقيقية

لإصداره وهي دواعي غير قائمة في القانون الجديد بعد أن استقرت الأحكام على تحديد المقصود بالمؤمن عليه في تطبيق أحكام المادة الأولى من القانون ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ على ما سلف بيانه .

أما القانون الذي أقره مجلس الشعب بتحديد المقصود بالمؤمن عليه في المادة الأولى من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ بأنه الموجود في الخدمة في ١٩٨٧/٧/١ ، فهو حكم جديد لم يرد به النص القديم حسبما جاء بحكم المحكمة الإدارية العليا وهو بهذه المثابة - يكون بلا شك قانوناً معدلاً وليس قانوناً مفسراً - وجدير بالإشارة أن تفسير القوانين يحتاج لخبرة ودراية عاليتين بالقانون ولهذا ناط الدستور في المادة ١٧٥ منه بالمحكمة الدستورية العليا مهمة تفسير القوانين . وتتولى المحكمة بقبولها تضمينها قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ من أهمها ما نصت عليه المادة ٢٦ التي لا يجيز طلب التفسير

إلا في الأحوال التي يشور فيها خلاف في التطبيق وإن يكون لهذا الخلاف من الأهمية ما يقتضى توحيد تفسيرها ولقد جاءت المادة ٣٣ من قانون المحكمة الدستورية العليا بقيد ثان إذ تطلبت أن يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للمهنيّات القضائية .

ومفاد ذلك أهمية التفسير التشريعي سواء أصدر من السلطة التشريعية أو من المحكمة الدستورية العليا مما يقتضى دراسة متأنية جادة هادئة وهو ما يجب أن يتوافر فيها يصدر عن السلطة التشريعية وخاصة بالنسبة لتصدى المهمة التفسير لتجنب الخلط بينها وبين تعديل القانون مع اختلاف الأثر المترتب على وصف القانون بأنه تفسيري أو معدّل من حيث سريانه على الماضي .

وغنى عن البيان إن لجوء الحكومة إلى السلطة التشريعية

بالقانون المذكور دون عرضه على المحكمة الدستورية العليا يعتبر إقراراً بعدم توافر شرطي الخلاف والأهمية المالية المزعومة لإتھما لو توافرا لبادرت الحكومة بتقديم طلبها إلى المحكمة الدستورية العليا إلا أن الحكومة واثقة من أن المحكمة الدستورية العليا ما كانت لتقبل تفسيراً لقانون لا خلاف عليه .

وما كانت المحكمة الدستورية لتقبل إصدار تفسير لن يطبق إلا على فترة زمنية إنقضت ولا وجه لتطبيقه في الحال والاستقبال بما يجعله فائداً سمات ومميزات القاعدة القانونية ذلك إن التصور الوحيد لتطبيق المادة ١٠٧ قاصر على من ترك الخدمة إعتباراً من ١٩٨٤/٤/١ حتى ١٩٨٧/٧/١ أى إنه لن يطبق إلا على الماضي .

وجدير بالذكر إن المادة ١٨٧ من الدستور قد حرمت رجعية القوانين ثم إجازتها في غير المسائل الجنائية وهو ما يذلل على أن إجازة الرجعية في غير

المسائل الجنائية إنما هو إستثناء من الأصل والإستثناء لا يتوسع فيه ويقدر بقدره مثل دفع خطورة داهية وبعد إستعراض القانون إستعراضاً دقيقاً ودراسته دراسة جادة متأنية وهو ما إقتقر إليه القانون المائل الذي قد يؤدي إلى وصمه بعبء الصورية في أذهان المحرومين من أرباب المعاشات مما يقتضى أن ينهزى له الفقه والقضاء بالعلاج .

الملاحظة الخامسة :

جاء على لسان الدكتور وزير التأمينات إن مجلس الدولة قسم التشريع قد وافق على المشروع وهو قول غير دقيق ذلك إن قسم التشريع بمجلس الدولة ليس له سلطة الموافقة على التشريع والصحيح إنه يقوم بمراجعة المشروع في حدود إختصاصه وهي مراجعة الصياغة وذلك بإعداد تقرير مسبب بما يراه من ملاحظات قد تأخذ بها الحكومة أو لا تأخذ بها وكان الواجب عرض هذا التقرير على السلطة التشريعية لتبين وجهة نظر مجلس الدولة .

وغنى عن البيان إن عدم وجود ملاحظات لقسم التشريع لا يظهر العمل من العيب وكان الرجاء في مجلس الدولة إن يقدر أهمية الموضوع ومدى مساهمته بقضايا مرفوعة أمام الجهات القضائية هي الهدف من القانون فإن يكون لهذا القانون من أثر إلا عليها مما يعتبر تدخلاً في أعمال السلطة القضائية . وكان الأجدر بالمجلس أن يحيل الموضوع للجمعية العمومية لقسمى الفنى والتشريع المختصة قانوناً بالمسائل الهامة وفقاً للمادة ٦٦ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ٧٨ وهي ملاحظة أرى لزماً على إندراجها وتسجيلها .

الملاحظة السادسة :

إن مطالعة التشريعات التأمينية السابقة على هذا القانون الجديد تقتضى منا أن نسجل للمشروع بالتقدير منهجه الواضح الواعى المحيط بمهمته فكلما جاء بقانون جديد كان أفضل من السابق عليه وأكثر سخاء مراعيًا في ذلك المصلحة

العامة والإعتبارات الإنسانية ، ذلك إن القانون التأميني يمس حياة كبار السن من العاملين السابقين وأسره من بعدهم وهو مآل كل عامل حالى يجب تأمينه على غده ، ولذلك راعى المشرع فيما سبق من قوانين تأمينية عدم حرمان السابقين من أصحاب المعاشات مما جاء به من مزايا جديدة لمن يحال إلى المعاش من العاملين توطئاً للثقة في رعاية الدولة وحافزاً للعاملين الحاليين على بذل ما فى وسعهم لتحقيق مزيد من الإنتاج ، ولهذا الزم المشرع نفسه في كل ما صدر عنه من قبل بأن يستهدف المزيد من المزايا وليس الإقتراض من حقوق مقررة بقوانين سابقة على النحر الذى جرى به القانون الجديد سواء أكان قانوناً مفسراً أو قانوناً معدلاً .

ولعل لم يفت على فطنة المشرع فيما سبق صدره من قوانين إن العلاقة التأمينية التى تربط الموظف بالحكومة وإن كانت من ناحية ذات صفة لائحية (بمعنى أن يكون للدولة أن تعدل فيها بإرادتها المنفردة)

لا أعرف له رقماً بيد أن من سماته إنه روجع في مجلس الدولة في ساعة ووافق عليه مجلس الشعب في ساعة من أجل إنها قضاءيا أصحاب المعاشات المعروضة على القضاء لصالح الحكومة والأجهزة عليها في أقل من ساعة.

- وجدير بالإشارة إن صدور هذا القانون سواء أكان تفسيرياً أو معدلاً لا يمنع أصحاب المعاشات الذين إنتقض من حقوقهم من الدفع بعدم دستورية هذا القانون في المنازعات القضائية المتعلقة بهذه الحقوق ، والأمل متعقد على المحكمة الدستورية العليا في أن تقول كلمتها الحاسمة في هذا الدفع لتضع الأمور في نصابها وترد لأصحاب المعاشات ما إنتقصه هذا القانون المسمى بأنه تفسيري من حقوق ثابتة . والله يهدي إلى سواء السبيل .

التي تسمو على الدستور وتعلو عليه بإعتبارها المصدر الذي إستلهم منها أحكامه مثل مبادئ الشريعة الغراء والمبادئ التي نادت بها جميع الأديان بلاخلاف كحب الخير والعدل وبغض الشر والظلم ومعنى آخر تلك المبادئ التي تستقر في وجدان الشعب وقيمة الإنسانية فإذا جاء القانون الجديد متسماً بظلم وقهر فئة ضعيفة هم أرباب المعاشات سألها ما إكتسبوا من حقوق مستقرة من أرزاقهم كان بلا جدال مخالفاً لروح الدستور ومبادئه الأساسية .

- وأخيراً أحذر من حكم التاريخ بغير يوم يذكر لمهبة القضاء عام ١٩٦٩ سيذكر بلا جدال لمهبة القانون يوم ١٩٩٠/١٢/٣١ . تاريخ ميلاد القانون المذكور الذي

إلا إنها ومن ناحية أخرى لا تخلو من الصفة العقيدية إذ يلزم لإعتقاد هذه العلاقة إبتداء رضاء العامل والإفصاح عن رغبته في الإلتفاف بأحكام هذا النوع أو ذاك من أنواع التأمين وهي بهذه المثابة علاقة من طبيعة خاصة لا هي باللائحة البهتة ولا هي بالعقيدة المطلقة وإنما هي علاقة تختلط فيها الصفتان ، ومن ثم لا يكون للحكومة - وهي أحد طرفي هذه العلاقة - المساس أو الإنتقاض من حقوق المؤمن عليهم بقانون تنفرد بإستصداره على نحو ما فعلته بإستصدار القانون الجديد.

الملاحظة السابعة :

لم يكتف التشريع الجديد بمخاللة الدستور على النحو السالف بيانه فحسب وإنما تجاوز إلى إختراق المبادئ الأساسية

إن تدخل المشرع في القضاء يتضمن إستهاناً بالفا
للأحكام القضائية ، وإعتداء على مالها من حصة ، وإهداراً
لهجيتها ، كم أنها تضعف من مكانة القاضى ومنزلته .

الفيقير الألماني ليفيك

مسكن الزوجية فى القانون الجديد
اجمع الفقهاء على أنه
غير دستورى وغير اسلامى

السيد الاستاذ
امين مصطفى
الحامى بالنقض

كما قد تناولنا هذا الموضوع
بدراسة نشرتها مجلة المحاماه
بم عنوان : مسكن الزوجية فى
قانون الأحوال الشخصية الجديد .
وذلك فى عدد سبتمبر وأكتوبر
١٩٨٨ . وقد بينا فى تلك الدراسة
سوء صياغة المادة ١٨ مكررا
ثالثا من القانون رقم ١٠٠
لسنة ١٩٨٥ التى جاءت - لأول
مرة فى تاريخ الإسلام - بنص
يجيز طره الزوج من سكنه
لصالح زوجته الحاضنه عقابا له
على إستخدام حقه المشروع الذى
أباحه الله وهو حق الطلاق .

وبينا كيف قامت المحكمة
الاستورية العليا بإلغاء قانون
الأحوال الشخصية السابق رقم
٤٤ لسنة ١٩٧٩ وهو الذى كان
قد استحدث أصلاً ذلك النص
الغريب فرده عليها الذين كانوا
رءاء ذلك القانون الشاذ بإصدار
تشريع جديد صدر برقم ١٠٠
لسنة ١٩٨٥ جاء أشد ضلالا

وإهدأ إضراراً بالمجتمع المصرى
والإسلامى .

وقد أسعدنا ان نجد ان جميع
اساتذة الشريعة الإسلامية فى
جامعاتنا كلها قد اجمعوا - دون
استثناء - واحد - على أن ذلك
القانون الجديد غير دستورى
وغير اسلامى .

ونحن نقدم فى هذا المقال
خلاصة لبعض ما كتبه . أولئك
العلماء المتخصصون فى هذا
الموضوع مع تعليقاتنا عليها .

رأى الأستاذ أشرف مصطفى كمال

فى الوقت الذى تكتب فيه
هذه الحلقة الثانية من مقالنا
يتولى الأستاذ أشرف مصطفى
كمال منصب رئيس محكمة
شمال القاهرة للأحوال الشخصية .
وفى كتابه " المشكلات العملية
فى قانون الأحوال الشخصية "
ص ٤٠٣ قال سيادته فى النص
موضوع هذه الدراسة .

" رأينا فى استقلال الحاضنه
بمسكن الزوجية "

يعتبر نص الماد ١٨ مكررا
ثالثا من القرار بقانون رقم ٤٤
لسنة ١٩٧٩ والقانون رقم
١٠٠ لسنة ١٩٨٥ من
النصوص العملية التى فرضتها
ظروف العصر والعنى تقتض
للسند الشرعى بل وتعارض مع
نصوص وردت فى القرآن
الكريم . ذلك أن الثابت أن أبا
من فقهاء المذهب الحنلى المعمول
به فى مصر عملا بالمادة ٢٨٠
من لائحة ترتيب المحاكم
الشرعية والذى أستمد النص من
أحكام لم يقل بأجبار الأب على
أن يتخلى عن مسكنه وسأواه
لسكرنى أولاده وحاضنتهم
وحاصل آراء فقهاء المذهب
الحنلى فى هذا الخصوص
التفريق بين ما إذا لم يكن
للحاضنه مسكن مملوك لها أو
كان ذلك . ففى الحالة الأولى

وجيب لها أجر مسكن حضانة سواء من مال الصغير. أو من مال أبيه ، إذا كان الأول لا مال له أما إذا كان لها مسكن يمكنها أن تحتضن فيه الصغير فلا تستحق حتى أجره مسكن الحضانة .

يضاف إلى ذلك أن النص المذكور يتعارض مع صريحة مع قول الحق تبارك وتعالى (لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده) . الآية رقم ٢٣٣ من سورة البقرة - ولا شك أن في إجبار الأب على ترك مسكنه لحضانة ولده فيه قسراً عنه إنما يلحق به ، وفي ظل ظروف أزمة الإسكان الراهنة ضرراً لا يعالمة ضرر مما يجعل الولد مصدر ضرر لوالده وهو ما يتعارض مع نص قرآني قطعي الثبوت والدلالة .

يضاف إلى ما تقدم أن مجتمعنا الشرقي الإسلامي إنما يأبى أن تستقل مطلقة شابة يخشى عليها من الفتنة في مسكن تقيم فيه مفردها مع صغير أو صغيرة لا تعي من

أمر نفسها أو أمها شيئاً مما يجعلها مضغة الأفواه ومطعماً لضعاف النفوس فضلاً عما يؤدي معه توافر مسكن تستقل فيه المطلقة بالإقامة فيه إلى فتح المجال لبعض المطلقات إلى الإتحراف والخروج على جادة السبيل والعفة .

طرد الزوج (يا كانت الحاضنة

وقبل أن نتقل إلى سرد آراء الفقهاء الآخرين لنا تعليق على ما يخفيه ذلك القانون من نية التكنيل بالأزواج - دون برد - ذلك أن الهدف المقصود من إبعاد الزوج المطلق عن مسكن الزوجية في مدة إقامة زوجته المطلقة فيه هو التذرع بأن إقامتهما نعا تتعارض مع أحكام الشريعة لمظنة الوقوع في الحرام . ولكن ما هي الحكمة من تحميم طرد الزوج إذا تزوجت الحاضنة مثلاً وانتقلت الحضانة منها إلى أمها فإن الأم تكون بطبيعة الحال محرمة على الزوج - وفي منزلة أمه - فلماذا ينص القانون على أن تستقل الحاضنة في تلك الحالة بمسكن الزوجية .

بل أن الصورة لتبدو أكثر إمعاناً في الشلود والغربة إذا كانت الحاضنة والدة الزوج نفسه فإن الصياغة الرديئة للمادة - موضوع هذه الدراسة - توجب على الزوج المطلق أن يهيئ مسكناً للحاضنة إما كانت قرابتها منه وإلا تخلى لها عن مسكن الزوجية الأصلي .

وليس أقل شلوداً وغربة من ذلك أن تكون الحاضنة المطلقة أو الحاضنة البديلة لها - فعلاً - شقة مؤجرة باسمها ويمكنها أن تحتضن الصغير فيها ومع ذلك يعطيها القانون الوسيلة القانونية للتعسف الشديد في إساءة استعمال الحق بأن يسمح لها بأن تصمم على طلب الاستقلال بمسكن الزوجية بدلاً من أن يفرض لها القضاء أجراً مناسباً يتعادل مع أجره شقتها أو يزيد عليها . ومن الدلائل القاطعة على فساد فكر ذلك التشريع ما أوضحناه من أنه يجيز للزوجة المطلقة أن تقيم في مسكن الزوجية مع شقيق الزوج ولا يجيز للزوج أن يقيم مع والدة مطلقة بل والدته شخصياً .

رأى الدكتور نبيل الشاذلي

الدكتور نبيل الشاذلي هو مدرس الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة وله كتيب صغير طبعه في سنة ١٤٠٨ هـ - ١٩٨٨ م بعنوان (شرح تعديلات قوانين الأحوال الشخصية - القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ، وفي صفحة ٣٦ يقول تحت عنوان : الشرح والتعليق (بعد أن أورد نص المادة ١٨ فكر ثالثاً) .

أولاً : تعتبر هذه المادة في القانون المذكور من أبعاد المواد صراحة عن نصوص الكتاب الكريم ففي سورة البقرة بل فيها خروج على آيات القرآن الكريم . ففي سورة البقرة نقرأ قوله تعالى : (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده ...) من سورة البقرة الآية ٢٣٣ .

ونص المادة ١٨ مكرر ثالثاً فيه مضارة واضحة بالمطلق والضرر تشمل في خروجه من

بيئته ، فأى ذنب جناه حتى يخرج منه وهو له راحة وسكن !!

هل عقاباً لاستعماله رخصة الطلاق المشروعة له ؟

أم هو التعصب الزائد للمرأة والتي ربما تكون هي العامل الأساسي والسبب الرئيسي فيما حدث من فرقة وطلاق .

وهل غاب عن واضعي القانون المذكور التيسر بآيات الكتاب الكريم قبل أن يعتقدوا المسائل أكثر من تعقيد مشاكل الحياة ومساكنها في ظل الظروف الراهنة أم أنهم يريدون أن يزجوا بالرجل في معترك الصعاب ويتركونه يتلوى يميناً ويساراً ليهبث عن مأوى .

ولذلك فإن هذا النص كما يقول أحد الاساتذة (وهو الدكتور عبد الناصر العطار . في كتابه الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ص ٣٨) غريب في صياغته غريب في تطبيقه ومخالف للشريعة الإسلامية) .

ثانياً : أمر الله تعالى بصلة الرحم وحذر من قطعها ، وتوعد من يفعل ذلك باللعة والظردة من رحمة الله ودعاهم إلى تدبر آيات الله وأحكامه في كتابه الكريم ، فقال تعالى (فهل عسيتم أن توليتم أن تفسدوا في الأرض وتقطعوا أرحامكم أولئك الذين لعنهم الله فأجهم وأعى أبصارهم أفلا يتدبرون القرآن أم على قلوب أقفالها) من سورة محمد آيات ٢٢/٢٣/٢٤ .

ثم يحضى الدكتور نبيل الشاذلي في كتابه فيقول :

وجاءت المادة ١٨ مكرر ثالثاً - وزادت الأمور تعقيداً ، ووسعت من دائرة الخلاف بين الزوج وأقارب زوجته .

فلنتصور ان حضانة المطلقة سقطت لسبب من الأسباب كتزوجها أو وفاتها مثلاً ، هنا ينتقل الحق في الحضانة إلى من يليها حسب ترتيب الحضانات ، وهذه الحضانة لها مسكن مستقل آخر - ولاشك في هذا - فهل ستقيم في منزلها الخاص بها . وتتشارك من هم في حضانتها ، أم ستقيم معهم في

وهذا هو ما يعرف بمدرسة الشرح على المتن .

ولعل بما يزيد هذا النظر وضوحاً أننا نجد نص الفقرة الثالثة والرابعة ملتزمان بصيغة الجمع عند الحديث عن الأطفال فتقول الفقرة الثالثة : وبغير القاضى الحاضنة بين الاستقلال بمسكن الزوجية وبين أن يقدر لها اجر مسكن مناسب للمحضونين ولها . وتقول الفقرة الرابعة : فإذا انتهت مدة الحضانة فللمطلق أن يعود للمسكن مع (ولادة إذا كان من حقه الاحتفاظ به قانوناً) .

إذا فالمادة القديمة كانت تتحدث عن صغير واحد ولم يرد في أى فقرة من فقراتها صيغة الجمع بل ولا صيغة المثنى عند الحديث عن الأطفال المحضونين . وأما المادة الجديدة فعلى العكس لم ترد في أى فقرة من فقراتها ما يمكن معه فهمها على أنها تنطبق على حالة صغير واحد فهي تتحدث عن صغار وعن محضونين .

ولاشك أن التقييد بعقارة النص - ولا اجتهاد مع وضوح

المادة إلى أبعد الحدود .

تعليقنا على هذا التفسير :

كانت صياغة المادة القديمة في القديون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ (القرار بقانون) تقول : للمطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع صغيرها بمسكن الزوجية المؤجر . . . الى آخر المادة . . . أما صياغة المادة في القانون الجديد رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فتقول على الزوج المطلق ان يهيئ لصغار من ممتلكته ولحاضنتهم المسكن المستقل المناسب فإذا لم يفعل خلال مدة العدة استمروا في شغل مسكن الزوجية المؤجر دون المطلق مدة الحضانة .

ويتعين على من يتصدى لتفسير القانون أن يتقيد بحرفية النص ، خصوصاً إذا كانت عبارة القانون الجديد قد جاءت مختلفة عن عبارة القانون القديم لأننا لا يمكن أن نرجع بالقياس لتتعرف على ما دار في نفس الشارع ونشق عن قلبه لنستبين مقصده بل أمامنا عبارة النص نلتزم بالتقيد بها متى كانت واضحة لا تحتمل أى لبس فيها

مسكن الحضانة وتهمل بيتها ؟ علاوة على أن وجودها في مسكن الحضانة سيكون مصدر شقاق ونزاع دائم مما سيكون سبباً في الضيق والألم - وقطع الصلات وقد نهانا الله تعالى عن ذلك صراحة .

ضرورة تعدد المحضونين

وباستقراء آراء كل من كتبوا في الموضوع نجد إجماعاً على أنه يشترط لقبول دعوى الحاضنة الاستقلال بمسكن الزوجية أن يتعدد الأطفال المحضولين بالحضانة فلا يقلون عن ثلاثة .

وهي ذلك يقول الدكتور نبيل

الشايلي ص ٣٨ .

لا تطبق المادة المذكورة إلا بشروط معينة منها أن يكون عدد المحضونين ثلاثة : فأكثر وذلك يفهم من نص المادة " على الزوج المطلق ان يهيئ لصغار من ممتلكته ... " فلا تطبق المادة المذكورة إذا كان المحضون واحداً أو كان المحضونان إثنين .

وبهذا التفسير يضيق تطبيق

يمكنها من إغتصاب شقة الزوجية فإنها تخلد إلى الهدوء والسكون والطاعة .

وتفكر مرتين أو مرات قبل أن تسارع إلى تحطيم عش الزوجية طمعاً فى الشقة .

الزواج الفاسد :

اتفق المؤلفان السابقان على أن النص موضوع هذا البحث لا ينطبق بالنسبة لغير الزواج الصحيح فيقول الأستاذ أشرف مصطفى كمال فى صفحة ٣٧٨ " والنص لا يلزم غير المطلق من يكون له أولاد فى حاجة إلى الحضانة بالتخلى لهم عن مسكنه أو تهية مسكن آخر لهم ، كمن انتهى زواجه بغير طلاق كما لو انتهى بفسخ أو بطلاق أو نحو ذلك وينطبق ذات الحكم فيما لو إنتهى الزواج بموت الزوجة " .

ويقول الدكتور نبيل الشاذلى ص ٣٨ :

فلا تطبق المادة ١٨ مكرراً ثالثاً على الحالات الآتية :
١ - إذا كانت الفرقه فسخاً .

والرحمة فإننا يمكن أن نرى للنص الجديد مجالاً عادلاً للتطبيق لأن المقارنة بين الأب وهو فرد واحد وبين شردمة من الأبناء وامهم أيهم أحق بالمسكن إذا أقدم الأب على تطبيق أمهم بعد أن أنجبت له أو ولدت له ذلك العدد من الأطفال فإن احتمال وقوع الظلم من الأب يكون أقرب للتصديق ولا تكون للأم شبهة السعى السريع للإستيلاء على شقة الزوجية بمجرد الحمل .

ولكننا نعتقد أن ذلك التفسير هو بعد الأشياء عن قصد الذين وضعوا القانون فهى رمية جاءت من غير رام ، ولا شك أنهم حسبوا أن لفظ " الصغار " والأولاد يتعين إستعماله للتعميم لا للتخصيص والتحديد .

ومع ذلك كله فإن واجب القاضى أن ينقيد بحرفية النص فيرفض وعوى استقلال الحاضنة بمسكن الزوجية إذا كان المحضون واحداً أو اثنين وفى ذلك ما يتحقق مع صالح المرأة وصالح الأسرة لأن الزوجة إذا تبينت أن المحضون الواحد لن

النص - لا يترك أى مجال للمقول بتفسير آخر للنص . ذلك حتى يصرّف النظر عن أن ذلك النص نص استثنائى يتعين عدم التوسع فى تفسيره ويتعين مراعاة قواعد التفسير الضيق بشأنه فنحن لسنا فى حاجة إلى التضييق وإنما كل ما يجب أن نلتزم به هو عدم التوسع فى تفسير النص لإتساحيه على صيغة المفرد بعد أن لاحظنا أن عبارة النص القديم قد استبدل بها المشروع فى النص الحديث صيغة الجمع فلا يجوز أن نعتبر ذلك من قبيل السهو والغلط لأن الشرع منزه عن اللغو والعبث ، وإذا كانت عبارة النص واضحة فلا يجوز الانحراف عنها بتفسيرها بالتضييق أو التوسع لأن ذلك ليس من اختصاص الفقهاء المجاهدين وأهل التقوى والدين .

والكلمة الآن موجهة إلى رجال القضاء فلو أنهم التزموا بهذا التفسير لاستراحوا وراحوا ولم يعد مطروحا عليهم سوى المطلقة الحاضنة التى طردها زوجها وله منها اولاد بالجمع - ولو أخذنا الأمور بعين الاتصاف

٢ - إذا كان التطليق يحكم القضاء .

٣ - إذا كان التطليق على مال من جانب الزوجة .

متى يسقط حق الحاضنة :

ويقول الأستاذ اشرف مصطفى كمال ص ٣٨١ :

" وما تجدر الإشارة إليه أن قيام الحاضنة برفع دعوى للمطالبة بنفقة للمحضونين شاملة أجر مسكن ثم قيامها برفع دعوى استقلال بمسكن الزوجية فقام القاضي بتخييرها بين الاستقلال بالمسكن او الحصول على أجر مسكن فإن اختيارها لهذا البديل الأخير في إطار تلك الدعوى انما يؤدي إلى الحكم ضدها بعدم جواز الدعوى لسابقة الفصل فيها في دعوى النفقة بحكم نهائي باعتبار أن هذا الدفع يعتبر مصروحا على المحكمة باعتباره متعلقا بالنظام العام " .

ونلاحظ ان استخدم تعبير المحضونين بالجمع وهو ما يؤيد وجهة النظر التي جاء بها الدكتور نبيل الشاذلي في قصر

تطبيق المادة على الحالات التي يوجد فيها ثلاثة محضونين او اكثر .

راى الدكتور عبد الناصر توفيق العطار :

وهو أستاذ القانون المدني ووكيل كلية الحقوق بأسبوط . وذلك في كتابه (الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) ص ١٦٠ وما بعدها :

يقول سيادته (أما المطلقة الحاضنة فقد ابتدع لها قانون الأحوال الشخصية حكماً جديداً ، فنص في المادة الأولى منه على إضافة المادة ١٨ مكرراً ثالثاً بالرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وتقضى بأنه...الخ المادة ، . وهذا النص غريب في صياغته ، غريب في تطبيقه ، ومخالف للشرعة الإسلامية ، كما يتضح من الآتى :

أولاً: أوجب هذا النص على " الزوج المطلق " أن يهيئ مسكن الحاضنة ، والمطلق بعد طلاقه لا يسمى زوجاً . والنص لا يلزم " غير المطلق

من يكون له أولاد في حاجة إلى الحضانة فمن إنتهى زواجه بغير طلاق لايلزم بتهيئة مسكن الحضانة ، كما لو إنتهى زواجه بالفرقة التي ليست بطلاق وان احتسبت طلاقاً أو فسخاً ، فلو تبين أن الزوجة أخت زوجها من الرضاع ، أو أسلمت الزوجة وأبى زوجها الإسلام ، أو إرتد الزوج أو الزوجة عن الإسلام - والعمياد باله - أو زنا الزوج بخصائه أو بإبنة زوجته من غيره ، أو قبل إحداها بشهرة ، أو طاعت الزوجة حماها أو ابن زوجها في الزنا بها أو تقبلها بشهرة ، ففي جميع هذه الحالات بحكم بالفرقة بين الزوجين ولا يلزم والد المحضونين بتهيئة مسكن الحضانة ، وكذلك . اذا إنتهى الزواج باللعان أو بموت الزوجة .

والنص بذلك يستهدف زيادة أعباء المطلق فحسب ، ويسرى على كل طلاق بائن أو اصبح بائناً .

ثانياً: يهيئ المطلق مسكن الحضانة لصغاره " بن مطلقته " فحسب ، إما صغاره من غير

التضحيات ، الا ترى عند إخواننا المسيحيين ، يغير الزوج طائفته أو دينه ليطلق زوجته .

وقال إن هذا القانون سيخلق جيلاً من الشباب يحجم عن الزواج أو يبحث عن فتاة تقوم هي بإعداد شقة الزوجية لأنها لها في النهاية والبنابة - ثم تتطور الأمور فتجد شاباً يحمل حبيبته ولها ملايسه ويدخل حفيفاً على زوجته فإن أعجبهته لأمره يبقى والا حمل حبيبته وخرج يبحث عن مكان يمكنها أن تهيم له مسكناً آخر تاركاً أولاده من كل زوجة مع أهم .

(راي الدكتور يوسف قاسم)

وهو أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة القاهرة . وهو يقول في كتابه (حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي الذي فاز بجائزة الدولة عام ١٤٠٣ هـ) .

يقول سيادته أخطر ما قاله عالم مسلم في بيان شذوذه هذا القانون ومناقضته لحكم الشريعة الإسلامية .

الأحوال الشخصية الجديد جعل النزاع على المسكن ليس محصوراً فقط بين المطلق والمطلقة بل بينه وبين أقاربه المذكورين ، وهو ما يؤدي إلى قطع الأرحام ، خصوصاً وأن أكثر هؤلاء الحاضنات لهن مساكن أخرى .

ثم يقول الدكتور العطار في البند ٣١ من ١٧٩

بند ٣١ مكرر : إخراج المطلق من مسكن للحضانة ، حكم مخالف للشريعة الإسلامية وغير دستوري .

وعدد اثني عشر سبباً لشرح رأيه إتفق في معظمها مع ما يسطناه في مقالنا الأول ، ولكنه يزيد نقاطاً لم نتناولها ، ونتختر منها ما يأتي :

أولاً : إذا كان هذا الحكم قد قصد به الطلاق ، إلا أنه يزيد الزوجات المشاكسات طغياناً ، فتزداد ومعه حالات الطلاق ، ومنازعات الأزواج أمام المحاكم ، ولاشك إن أكثر الرجال لا يمتنعهم من الطلاق غير حسن معاملة الزوجة فإذا ساءت معاملتها طلقها زوجها مهما كانت

مطلقة فلا يلزم بتهيئة مسكن حضانة لهم ، كصغاره من زوجته المتوفاة ، وصغاره من زوجته التي حكم بالفريق بينها وبينه ، والنص بذلك يقيم تفرقة غير عادلة بين الصغار من أب واحد ، فلو أن زوجاً ماتت زوجته عن صغار فلا يلزم بتهيئة مسكن لحضانتهم ، فإذا تزوج أخرى ثم طلقها بعد أن أحبب منها فعنئذ يلزم مسكن لحضانة أولاده من المطلقة دون أولاده (الأيتام) من زوجته المتوفاه ، فأي ظلم وتفرقة يقيمها القانون بين الأولاد .

والظاهر أن واضع القانون كان يستهدف بهذا الحكم زيادة أعباء الطلاق فأنساء ذلك وضع حماية شاملة وكاملة للصغار المحضونين ولهذا نص على المطلق فحسب ، وعلى صغار المطلق من مطلقة فحسب :

ثم يشرح إنتقال الحضانة إلى الصالحات لها من جهة الأم ثم من جهة الأب ويقول إن القانون نص أيضاً على إنفراد أية حاضنة بمسكن الحضانة .

ويقول: ويعنى ذلك أن قانون

يقول في صفحة ٤١٣ هامش (٤) .

" وما بالنأ إذا علمنا إن هذا النص بالذات قد وضع خصيصاً لحالة إحدى المحاضنات التي تملك من الشئق والعصارات ما لا يصح أن يشار إليه في هذا المقام .

ويوم^١ أن توضع النصوص القانونية لمصالح شخصية فقل على الدنيا السلام وأنا لله وأنا إليه راجعون ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم "

ثم يقول :

ولذلك فقد جاء هذا النص بزيادة مشاكل الأسرة وتعقيد الحياة المصرية أكثر مما هي كذلك ففضلاً عن أن النص ليس له سند شرعي صحيح فإنه يؤدي إلى توسيع دائرة الشقاق بين أفراد الأسرة بل وإلى قطع صلة الرحم .

وانتقل الدكتور يوسف قاسم بعد ذلك في ص ٤١٥ وما بعدها إلى بيان اتعابم الأساس الشرعي الصحيح تأسيساً على ما يشرتب عليه من مضارة

للوالد بائنة ويصف القانون بأن جاءت صياغته في غاية الغرابة ، وكأنه منسلخ تماماً عن كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، ثم شرح ما يؤدي إليه النص من توسيع دائرة الشقاق وقطيعة الرحم .

ثم حمل سيادته جملة شديدة على تشدد أعضاء مجلس الشعب الذين كانوا وراء إصدار ذلك القانون وبين كيف انهم رفضوا الاستجابة إلى كل المقترحات التي تقدم بها مجمع البحوث الإسلامية لتقصر الاستقلال بمسكن الزوجية على المطلقة المحاضنة وحدها دون سائر المحاضنات تحملاً لأخف الضررين ولكن مجلس الشعب - كما يقول - أبى إلا أن يأخذ بالضرر الأكبر ويوسع من دائرة الشقاق .

النتيجة النهائية

لزعولة النص نسخ القانون

ويتجهل الدكتور قاسم معنا ومع غيرنا من الذين كتبوا في شرح ذلك القانون في أن الصياغة التي صدر بها وهي صياغة متعجبة غاضبة شخصية

قد أدت إلى أن يصبح تطبيقه غناء فيه للمحاضنة ذات الطفل الواحد أو ذات الطفلين بل تقتصر الاستفادة منه على ذات أطفال ثلاثة محضونين على الأكل .

ويعد ان ذكر ان المشرع المصري جاء بنص المادة ١٨ مكرراً ثالثاً بهذه الصورة العجيبة والبعيدة عن الإسلام فصاروها فيعين - في نظرنا - نظراً لدكتور قاسم - على القضاء المصري بأن لم يطعن في دستوريته ان يطبقها في اضييق الحدود وذلك يقتضى توافر شرطين أساسيين أخذناهما من النص المذكور .

الشرط الأول : صدور الطلاق من الزوج : فعبارة " على الزوج المطلق " تؤكد حتمية هذا الشرط ، فإذا لم يطلق الزوج فلا مجال لتطبيق النص لا في حالات التفريق يغير الطلاق ، بل ولا في حالات التطليق .

وعلى ذلك لجميع حالات الفسخ لا يتطبق النص عليها كما أن حالات التطليق بحكم القاضي - لا ينطبق عليها نص



المادة - فيما ترى انه تطبيق صحيح للنص المذكور . لأن الزوج في كل هذه الأحوال لم يطلق . ولا يصح في نظرنا التوسع في تطبيق نص مخالف للشرعة إذ مثل هذا النص هو بذاته واجب الإلغاء .

والشروط الثاني : ان يكون عدد المحضنين ثلاثة فأكثر وهو يتفق معنا فيما قدمناه من استدلال على ان المشرع قصد ذلك بتفسير الصياغة بين المادتين في القانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ والقانون الأخير .

ثم يقول سيادته :

وعلى ذلك فإننا نحمد الله تعالى ان جاء النص المذكور على هذه الصورة التي تضيق من نطاق تطبيقه الى حد كبير بل وكبير جدا .

فالتزاع المؤدى الى الفرقة بين الزوجين غالبا ما يحدث قبل الإنجاب وربما يحدث بعد إنجاب طفل ، وقليل ما ينشأ بعد إنجاب طفلين . اما بعد الثلاثة أطفال فهو اندر التصادر وربما لا يمثل مشكلة في مصر .

حكم حديث لحكمة الأحوال الشخصية بالقاهرة :

في عدد جريدة الأهرام الصادر في يوم السبت ١٧/٣/١٩٩٠ في الصفحة الرابعة عشرة وتحت عنوان :

بعد ١٢ سنة عاد الزوج إلى مسكن الحضنة بحكم المحكمة قالت الأهرام قضت محكمة القاهرة للأحوال الشخصية بعودة طبيب إلى مسكن الزوجية بعد مضي ١٢ سنة على الحكم بإخلائه منه وتكوين مطلقة له الحاضنة من الإقامة فيه . . .

كان الزوج قد اقام دعوى ضمنها أنه كان من أول من طبق عليهم القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذي استحدث نظام استقلال الزوجة بمسكن الزوجية في حالة الطلاق إذا كان لها اولاد في سن الحضنة حيث حصلت زوجته التي طلقها في هذا التاريخ على حكم بتسكينها من شقة الزوجية وإخلائه منها وظل طوال هذه المدة يقيم في إحدى غرف المستشفى التي يمتلكها بوسط القاهرة وأنه حصل على ثلاثة

احكام قضائية على فترات متفاوتة بضم اولاده كان آخر تلك الأحكام منذ ثلاثة شهور وطلب الحكم باسترداد شقة الزوجية وإخلاء مطلقة منها إعمالا لنصوص قانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥

اعترضت الزوجة في المحكمة على دعوى الزوج وقالت إنها اعتادت الإقامة بتلك الشقة منذ زواجها من مطلقها ولمدة تزيد على عشرين عاما . وأنه لايسع إخلائها من المسكن بعد ان قامت بخدمة الزوج وأولاده طوال تلك المدة خاصة وإنها ليس لها سكن بديل .

وبعد أن استعرضت المحكمة برئاسة الأستاذ أشرف مصطفى كمال - وقائع الدعوى قضت بإخلاء المطلقة من مسكن الحضنة والزامها بتسليمه إلى الزوج . وقالت المحكمة إن المشرع قد أعطى المطلقة - على خلاف الأصول الفقهية - الحق في الاستقلال بمسكن الحضنة كاستثناء على الأصل العام وحدده بميعاد انتهاء حضنة

الى الى آخر الحديث والقاضى مطالب فى عصرنا الحاضر ان يغير القانون المنكر بإحاطته الى المحكمة الدستورية العليا فإذا لم يفعل فهو مخطئ .

وأخطأت المحكمة حين تمسكت بالتفسير القديم لقانون الأحوال الشخصية الجديد الذى يعطى الشقة لحاضنة الطفل الواحد ويبدو أنها لم تطلع على ما كتبه الفقهاء حديثاً من ضرورة ان يكون عدد المحضونين ثلاثة ويستتبع هذا ان يسترد الزوج شقته إذا قل عدد أولاده فى سن الحضانة عن ثلاثة تطبيقاً لحرفية النص والله ورسوله أعلم .

وكان ذلك يقتضى - فى نظرننا - ان تطبق المحكمة نص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا التى تنص على أنه (إذا تراعى لإحدى المحاكم او الهيئات ذات الاختصاص القضائى أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون اولائحه لازم للفصل فى النزاع ، اوقفت الدعوى واحالت الأوراق بغير رسوم الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية ،

ويتفق مفهوم هذه المادة مع الحديث المعروف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ..

المطلقة للتفسير الأمر الذى يستط معه صحة المطلقة فى الأستمرار فى مسكن الحضانة ببلوغ آخر صغارها أقصى سن الحضانة المقرر قانوناً

ملاحظاتنا على الحكم

أجتهد هنا الحكم فأصاب ، ثم اجتهد فأخطأ فهر قد أصاب حين أعلن - ولأول مرة فى تاريخ القضاء فى حكم بنشور - أعلن الحقيقة التى اجمع عليها الفقهاء الكبار الذين يتولون شرح احكام الشريعة الإسلامية فى كليات الحقوق بهجامعات مصر وهى ان المشرع قد اعطى للمطلقة الحاضنة حق الاستقلال بمسكن الزوجية (على خلاف الأصول الفقهاء) .

- يعجبني الصدق فى القول والأخلاص فى العمل ، وأن تقوم المحبة بين الناس مقام القانون .

الزعيم خالد الذكر سعد زغلول

المعاملة التشريعية لحالة الحق ودورها في الإلتزام المصرفي

للسيد الأستاذ

شكري محمد سيد المحامي
ببنت مصر

يتركز البحث في هذا الموضوع حول فكرة « إنتقال الإلتزام المدني » إذ الإلتزام في القانون الحديث - وعلى العكس مما كان عليه في القانون الروماني - لم يعد علاقة تربط شخصين بالذات ، وإنما أصبح علاقة تربط ذمتين أكثر منها بين شخصين ، بمعنى أن قيمة الإلتزام ذاته قد احتلت المرتبة الأولى في الأهمية على حين قد توارت قيمة أشخاصه ، ذلك أنه لا يمكن أن يقوم الإلتزام إلا إذا كان هناك مدين ، ولا يكتمل إلا إذا كان هناك دائن ، لكن ليس حتماً أن يظل الدائن هو ذات الدائن وأن يظل المدين هو ذات شخص المدين ، بل يمكن أن يتغير هذا أو ذاك ودون أن يؤثر هذا التغيير على بقاء الإلتزام كإلتزام .

أى أنه من الممكن بعبارة أخرى - وفي ظل القانون الحديث -

أن ينتقل الإلتزام في جانبه الإيجابي بأن يتغير شخص الدائن ، وأن ينتقل في جانبه السلبي بأن يتغير شخص المدين - ومنذ القدم كان الإلتزام ينتقل في جانبه الإيجابي أو السلبي بسبب الوفاة ، إذ تقول للورثة أموال كانت لمورثهم المتوفى ، أو يتحملوا بالتزامات كانت عليه ، لكن الجديد حالياً هو انتقال الإلتزام أثناء الحياة أو بسبب الخلافة الخاصة ، حيث أجاز المشرع المصري إنتقال الإلتزام أثناء الحياة في جانبه الإيجابي وهو ما يعرف « بحالة الحق » كما أجازة أيضاً في جانبه السلبي وهو ما يعرف « بحالة الدين » .

ويقصر حديثنا في هذا البحث على « حالة الحق » أى « إبدال الدائن » نظراً لشوعها وأهميتها بصفة خاصة في مجال العمل و الائتمان

المصرفي ، بحسبان أنها ليست فقط ضماناً من الضمانات الائتمانية المقررة للبنوك الدائنة، لكنها علاوة على ذلك - وفي الحقيقة المجردة - تعتبر طريقاً ميسراً وسريعاً للوفاء بديون البنك أو لإستيفاء مستحقاته دون عناء أو مشقة تذكر - وسوف نتناول هذا البحث من جماع زواية القانون المدني وزاوية قانون الشهر العقاري وزاوية العمل المصرفي بشكل بسيط على أن نراعى فيه أسلوب الوجاجة والتلخيص وفقاً للخطة الآتية :

- الفرع الأول : التعريف بحالة الحق وطبيعتها القانونية .

- الفرع الثاني : شروط حالة الحق (شروط العقد وشروط نفاذ) .

- مع بيان صورة حالة الحق في القيمة الإيجابية .

- وصورة تنازلات الماقلين
عن المستخلصات .

الفرع الثالث : الآثار المترتبة
على حوالاة الحق :

١- إنتقال الحق المحول إلى
المحال إليه .

٢- ضمان المحيل لهذا الحق ،
أثر الضمان أو مدها .

٣- إحتجاج المحال عليه
بالدفوع قبل المحال إليه .

الفرع الاوّل

التعريف بحوالاة الحق
وطبيعتها القانونية

حوالة الحق : عقد مكتوب
بمقتضاه يتقل الدائن حقاً له في
ذمة المدين معين إلى شخص
ثالث من الغاية ، فيصبح هذا
الأخير دائناً بالحق لنفس المدين ،
ويسمى الدائن القديم (بالمحيل
ويسمى الدائن الجديد (بالمحال
إليه) ، ويسمى المدين (بالمحال
عليه) ويسمى الحق (بالحق
المحول) .

وعقد الحوالاة ينعقد بين
المحيل والمحال إليه فقط ، وأما
المحال عليه (المدين) فليس

طرفاً فيها ولا شأن له بإتخاذها ،
أى أنها تتم بدون حاجة إلى
رضاء المدين المحال عليه أى
أنها تصرف ناقل لحق المحيل -
الموجود بلمة المدين إلى صالح
المحال إليه وحده (المادة ٣٠٣
مئى) .

وصور عقود الحوالاة متعددة
ولم يرد عليها حصر أو تحديد ،
فقد تأخذ شكل عقود البيع حيث
يبيع الدائن حقه لشخص آخر
مبلغ من المال يؤدي بوصفه ثمن ،
وتتعدد البواعث التى تدفع
الدائن إلى بيع حقه لدى المدين
المحال عليه يكون مؤجلاً ، وقد
يكون الدائن المحيل غير واثق
فى قدرته على إستيفاء الحق
فهيجه لشخص تتوافر له تلك القدرة .

وقد تنمقد الحوالاة على سبيل
المثال بمقابل (الإعتياض فى
الرفاء) كما لو كان (أ)
يدائن (ب) بمبلغ ألف جنيه
فى حين أن (ج) يدين (أ)
بمبلغ مائى ، فهتفق (أ) مع
(ج) على أن يحول له حقه لدى
(ب) فإذا تم هذا الإتفاق ، كان
دين (ج) على (أ) لللك
منقضىاً .

هذا وقد تنمقد الحوالاة أيضاً
على سبيل التبرع : فيقوم (أ)
بحوالاة حقه لدى (ب) إلى (ج)
دون أن يقتضى من (ج) أى
مقابل ، بل تدفعه إلى ذلك لنية
التبرع .

* والشائع فى تعاملات
البنوك أن تتم الحوالاة على سبيل
التأمينات الشخصية والضمانات
فى مجال الإئتمان المصرفى ،
وقد تأخذ صورة حوالاة المؤجل
حقه فى الأجرة قبل المسأجرين
إلى البنك المقرض ، أو قد تأخذ
صورة حوالاة المؤجر حقه فى
الأجرة قبل المستأجرين إلى
البنك المقرض . أو قد تأخذ
صورة تنازل الماقل عن حقوقه
فى عملية مناقصة لدى الغير
وهى ما تسمى بلمة أقلام
الحسابات " تنازله عن
المستخلصات " لصالح البنك
الدائن (المحال إليه) ، وسوف
نعرض لهاتين الصورتين بوجه
لأهم أحكامهما فيما بعد قليل .

* وصفوة القول أن الحوالاة
فى التكليف القانونى الدقيق
وإن كانت عقداً ينعقد كتابة بين
المحيل والمحال إليه إلا أنها

ليست عقداً بالمعنى الدارك أو العادى فى العقود المسماة ، إنما هى " قالب تعاقدى يصب فيه عقد آخر " .

* وينبنى على ذلك أن القواعد التى تنظم حوالة معينة ليست هى فقط القواعد الواردة فى باب حوالة الحق فى المواد ٣٠٣ - ٣١٤ من القانون المدنى ، ولكن تنظمه أيضاً القواعد المنوطة بالعقد الآخر الذى إنصب أو إدماج فى عقد الحوالة أو الذى يكون موضوعاً للحوالة (بيع - هبة - إيجار - مقالة ..) .

(راجع : السنهورى - الوسيط - ج ٢ ، د. عبد الحى حجازى - نظرية الإلتزام ج ٢ ، د. إسماعيل شام - نظرية الإلتزام - ج ٢) .

الفرع الثانى

شروط حوالة الحق (شروط إلتعاد - شروط نفاذ)

بالتسببة لشروط الإلتعاد الحوالة ،

فالحوالة عقد ينعقد ما بين المحيل والمحال إليه ، إذ أن

المدين المحال عليه لا شأن له بإلتعادها وليس طرفاً فيها فتتم دون حاجة لرضائه (م ٣٠٣ مدنى) ولذا فيشترط لإلتعاد الحوالة كافة شروط الإلتعاد التى تسرى على شتى العقود من ركن الرضا والسبب المحل ، وليس هنا مجال للحديث عن هذه الأركان المستقرة . لكن فيما يتعلق بركن المحل - أى محل الحوالة " الحق المحول " فيلاحظ أنه وإن كانت القاعدة هى جواز حوالة الحقوق سواء كانت موصوفة أو بسيطة وسواء كانت مدنية أو تجارية إلا أن المادتين (٣٠٣ - ٣٠٤) مدنى قد أوردتا إستثناءات على هذه القاعدة : فيجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الإلتزام - ولا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلاً للحجز .

وقد شرحت مذكرة المشروع التمهيدى حكم هاتين المادتين فقالت : وإذا كان الأصل فى الحقوق هو جواز الحوالة إلا أن هذا الأصل لا يجرى

على إطلاقه ، بل ترد عليه إستثناءات ثلاثة - فقد يتفق الدائن والمدين على عدم جواز الحوالة كما لو إشتراط المؤجر على المستأجر عدم جواز التنازل عن الإيجار ، أو كما تشترط البنوك بالنسبة إلى بعض الإيصالات التى تسلمها للعملاء بأنها غير قابلة للتحويل فيتعهد الدائن بهذا الإلتفاق .

وقد تمتنع الحوالة دون حاجة لإلتفاق خاص إذا كان الحق متافياً بطبيعته لفكرة إبدال الدائن كما هو الشأن فى الإلتزامات التى يكون فيها لشخصية المتعاقد الإعتبار الأول ، وأخيراً قد يقضى القانون كذلك. يمنع الحوالة كما فى الحقوق غير القابلة للحجز عليها ، فعither لا يكون الحق قابلاً للحجز عليه يتمتع التصرف فيه وبالعكس ، والحق الذى يكون غير قابل للحجز فى شق منه فحسب ، لا تمتنع حوالاته إلا فى حدود هذا الشق وحده .

بالتسببة لشروط نفاذ الحوالة ، (فى حق المدين - قبل الفيز) .

قتضت المادة ٣٠٥ مدنى بأن

" الحوالة لا تكون نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها ، على أن نفاذها قبل الغير مقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ "

ونفاذ الحوالة معناه : أنها ترتب الآثار التي ستعرض لها بعد قليل في مواجهة المدين (المحال عليه) والغير ، إما المحال إليه فلا إشكال فيه .

(١) نفاذ الحوالة في الحق المدين :

إشترط المشرع علم المدين بوقوع الحوالة حتى يمكن أن تنفذ في حقه ، وإشترط لتوافر هذا العلم وقوع واحد من أمرين إما قبوله وإما إعلانه :

* قبول المدين للحوالة :

ومعناه أنه يقر بعلمه بحصول الحوالة ، وهذا الإقرار لا بد أن يكون لاحقاً على وقوع الحوالة ، ولكي يعتد "بقبول" المدين يلزم أن يكون هذا القبول لاحقاً على حصول الحوالة ، ومن ثم فإذا اشترط الدائن على المدين (عند نشوء الدين) أنه

يقبل سلفاً للحوالة التي يبرمها الدائن فيمضي بعد فإن رضا المدين بذلك لا يجعل الحوالة لاحقة نافذة في حقه ، بل يتعين لذلك أن يقبلها بعد وقوعها قبولاً جديداً ويستوى في القبول أن يكون صريحاً أو ضمنياً لأن المشرع لم يشترط فيه أي شخص خاص .

* إعلان المدين بالحوالة :

ويتم هذا الإعلان إما بورقة توجه إلى المدين (المحال عليه) - بناء على طلب المحيل أو المحال إليه - وفقاً للأوضاع الخاصة بأوراق المحضرين ، وإما بورقة مثل صحيفة تكليف بالحضور ، ويكفي في هذه أو تلك أن تتضمن ما يفيد حصول الحوالة وشروطها الجهرية .

(٢) نفاذ الحوالة في حق الغير :

ويقصد بالغير هنا : كل من اعتمد على أن الحق لا يزال للدائن المحيل ، ويلاحظ أن الحوالة هنا تنفذ في حق الغير لمجرد نفاذها في حق المدين ، فالمشرع قد افترض علم الغير بالحوالة لمجرد وقوع علم المدين ، أي أنه متى قبل المدين الحوالة

أو أعلن بها ، افترض فرضاً لا يقبل إثبات العكس أن الغير قد علم بالحوالة أيضاً ، فتكون بذلك نافذة في حقه ومرتبته لكل آثارها القانونية .

وهنا نشور مشكلة " الاحتجاج بتاريخ علم المدين (المحال عليه) في مواجهة الغير " ولا نشور بحيث يكون المدين قد أعلن بالحوالة لأن الإعلان يتم بورقة رسمية من أوراق المحضرين ، وسبالتالي فيحتج بتاريخها على الناس كافة - لكن المشكلة تدق حيث يكون المدين قد علم بالحوالة عن طريق " القبول " أي الإقرار " فالقبول يتم بورقة عادية عرفية ولا يحسب بتاريخ الأوراق العرفية على الغير إلا منذ أن يكون هذا التاريخ ثابتاً رسمياً منعاً لحصول التواطؤ عن طريق تقديم التاريخ إضراراً بالغير - ولذا قضت المادة (٣٠٥) مدني بأنه إذا نفذت الحوالة في حق المدين بقبوله لها ، فتعين لنفاذها في حق الغير أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ ، ومعلوم أن إثبات التاريخ إجراء بمكتب التوثيق المختص محلياً والتابع لمصلحة الشهر العقاري .

ب - أما إذا كانت الحوالة منعقدة عن أجرة تتجاوز ثلاث سنوات ، فلا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا كانت مسجلة قبل قيد الرهن الرسمى .

ج - فإذا كانت الحوالة غير مسجلة فتتخفف مدتها لثلاث سنوات فقط ، (أى لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن إلا في حدود أجرة ثلاث سنوات) بشرط أن تكون ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

د - ومعلوم يدها أن الحوالة إذا لم تكن ثابتة التاريخ أو مسجلة على هذا النحو ، فلا قيمة لها ولا نفاذ في مواجهة الغير أبداً كان .

وهكم هذه الحالة المتقدمة يكاد أن يكون تطبيقاً وتنفيذاً لجميع أحكام المادتين (١١ ، ١٢) مكرر من القانون ١٩٤٦/١١٤ الخاص بالشهر العقارى (والمادة (٣٠٥ ق مدنى) السالف تبيانهم

وبالنسبة لصورة الإقراض بضمان تنازلات المقاولين عن المستخلصات :

فقد ترسو عملية إنشاء مبنى حكومى (مثلاً) على أحد

(ملاك العقارات) تسهيلات إئتمانية أو قروض بضمان التنازل عن مستحققاتهم فى الأجرة لدى المستأجرون (المحال عليهم) ، إلا أن الشائع عملاً فى العرف المصرى ألا تمتنع البنوك هؤلاء العملاء تسهيلات بهذا النظام إلا فى حدود قيمة إيجار ثلاث سنوات مقدماً باعتبار ذلك الخيار الأسير والأبسط ، ولا مانع قانوناً من تهديده عند إنتهاء مدته إذا لزم الأمر حفاظاً على إستمرارية التعامل بين البنك وعملائه .

* وبهذه المناسبة يحسن أن نبين حكم حوالة الأجرة مقدماً لصالح بنك معين (أو أى دائن) فى حالة ما إذا كان العقار موهباً رسمياً لصالح بنك آخر ؟؟ وقد تكفلت المادة (١٠٤٦ مدنى) بمواجهة هذه الحالة الخاصة فقصت بما يلى :

أ - إذا كانت الحوالة عن إجمالى أجرة فى حدود ثلاث سنوات فقط فلا تكون نافذة فى حق الدائن المرتهن رهناً رسمياً إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .

(أحكام الإلتزام - د . أحمد سلامة ج ١٩٧٩ نظرية الإلتزام - د . لبيب شنب ١٩٨٧) ويلاحظ فى هذا المجال بالنسبة لحوالة الحق فى الأجرة :

أنه لا يقبل إثبات تاريخ الحوالات التى يكون موضوعها التنازل عن الأجرة بعقود الإيجار إلا إذا كانت قيمتها فى حدود إجمالى أجرة ثلاث سنوات مقدماً ، فإذا زادت قيمتها عن هذه الحدود ، كان من المتعين تسجيلها طبقاً للأوضاع المقررة بقانون تنظيم الشهر العقارى ، ويترتب على عدم تسجيلها أنها (أى الحوالات) لا تكون نافذة فى حق الغير فيما زاد على إجمالى أجرة الثلاث سنوات المحددة - وهذا الغير قد يكون البنك الدائن المرتهن للعقار رهناً رسمياً ، أو قد يكون المشتري الجديد الذى إنتقلت إليه ملكية العقار (المادتين ١١ ، ١٢ مكرر من القانون رقم ١١٤ / ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى) .

وتدق هذه المسألة فى البنوك عند موافقتها على منح العملاء

المناقصة هي الحقوق المحولة للبنك .

وإعمالاً لحكم المادة (٣٠٥)

ق مدني (فتكون المحوالة نافذة

في مواجهة الجهة طارحة

المناقصة (كالحكومة) سواء

بالإعلان الرسمي أو بالقبول

الثابت التاريخ ، لكن مع فارق

واحد هو : أن المحوالة المقبولة

تفيد أنه لم يسبق قبول تنازل

آخر إلى أحد آخر غير البنك

المحال إليه ، وبذلك تصبح

المبالغ التي ستنشأ للمقاوّل ملكاً

للبنك المذكور ، وأما المحوالة

المعلنة بيد محضر المحكمة فهي

لا تؤكد للبنك عدم وجود قبول

آخر أو سابق ، فربما كانت الجهة

الحكومية قد سبق لها أن قبلت

تنازلاً لصالح شخص آخر ،

فلا تجدى المحوالة الجديدة المعلنة

شيئاً للبنك لأن حقوق المقاوّل

تكون قد انتقلت (كما سنرى

في الآثار) إلى غيره قبل أن

يعلن البنك المحوالة الصادرة

لصالحه فلا تصادف محلاً ،

وبالتالي فلا يستطيع استيفاء

دينه لدى المقاوّل المقرض .

حقوق يمكن أن يرد عليها

التنازل (المحوالة) ، ففى

المرحلة الأولى للمناقصة (وهى

مرحلة فحص العطاءات)

لا يصلح تنازل المقاوّل اللهم إلا

إذا اعتبرناه « وعداً للبنك بأن

يحيل إليه حقوقه » عندما يتم

العقد النهائي بينه وبين الجهة

طارحة المناقصة (الشركة أو

المؤسسة أو الوزارة ، أو

المصلحة أو الهيئة ...) وتلك

مسألة تقديرية للبنك فيوافق

أولاً يوافق عليها .

وحالات أو تنازلات المقاولين

محل البحث جائزة ومنظمة وفقاً

لأحكام قانون المناقصات

والمزايدات رقم ١٩٨٣/٩

ولاتحته التنفيذية وفقاً لأحكام

عقد الماولة الواردة بالقانون

المدنى (المادة ٦٤٦ وما بعدها) .

وفى التنازلات يكون المقاوّل

المقرض محيلاً ، ويكون البنك

المقرض محالاً إليه ومستفيداً

من المحوالة ، وتكون الجهة

طارحة المناقصة محالاً عليها ،

وتكون المستحقات الناشئة

للمقاوّل عن تنفيذ عملية

المقاولين فى مناقصة عامة ،

ولما كان ذلك يتطلب أموالاً

كبيرة قد يعجز المقاوّل الفرد عن

تحملها ، لذلك نجهد يلجأ إلى

أحد البنوك ليقرضه المال اللازم

، مقابل أن يتنازل للبنك عن

قيمة تلك العملية وأن يصرح

للجهة صاحبة العملية بأن

تصرف للبنك رأساً جميع المبالغ

التي تستحق له عن هذه العملية

ـ ويقوم البنك عند ورود كل

دفعة (مستخلص) بصرف

نسبة معينة من قبعتها للمقاوّل ،

ثم خصم باقى تلك القيمة من

الرصيد المدين المستحق للبنك

على هذا المقاوّل ويتم ذلك

دورياً حتى سداد كامل قيمة

القرض أو الإعتماد الممنوح له

(الحجز الإدارى علماً وعملاً -

للسيد الأستاذ / عبيد المنعم

حسنى المحامى - ط ٣ / ١٩٨٢ -

ص ٣٩٨ وما بعدها) .

ويحيل المقاوّل حقه

(مستخلصاته) إلى البنك بعد

أن يتم التعاقد بينه وبين الجهة

طارحة المناقصة ، أما قبل

التعاقد النهائي فلا توجد له

ويمكن أن تمتد هذه الشفرة وينتهى خطرهما بمجرد أن تصل للبنك « قيمة مستخلص واحد » من حقوق المقابل ، إذ أن ذلك يقطع الشك ويؤكد عدم وجود حوالة أخرى مقبولة ، كما يفيد قبول الجهة الحكومية للحوالة .

أى تصبح الحوالة نافذة بالإعلان وبالقبول معاً بعد أن كانت قائمة بالإعلان وحده . ويستطيع البنك أن يستفيد من هذه الفكرة بأن يجعل صرف مبالغ للمقابل من قيمة القرض أو لإعتماد المتفق عليه متوقفاً - فى حالة الإعلان - على ورود قيمة مستخلص واحد ، أو يصرف له جزءاً من قيمة القرض ، ويعلق الباقي على ورود مستخلص واحد من حقوق المقابل ، وعندئذ يصرف إليه بالقي القرض .

هذا ولا يجوز إعلان الحوالة الصادرة من المقابل إلى وكيل عن صاحب العمل تقتصر وكالته على رقابة العمل ودفع الأقساط للمقابل ، بل يجب إعلان الحوالة لصاحب العمل نفسه حتى تنفذ قس حقه . (السنهوري ، الوجيز - ص ١٠٦٥ - هامش رقم ٣) .

وكثيراً ما يرتبط متع الائتمان لمقابل بضمان حوالة حقوقه ، بإصدار خطاب ضمان نهائى يضمن تنفيذ العملية المتعاقد عليها ، ويجب أن يأخذ البنك فى اعتباره أن المقابل قد يتوقف عن التنفيذ ، وبذلك لا تنشأ له حقوق قبل الجهة الحكومية لأنه لم يؤد العمل المنوط به ، ومن ناحية أخرى تطلب هذه الجهة من البنك أن يدفع لها قيمة خطاب الضمان فيتعرض البنك للخسارة أو المخاطرة من الناحيتين - ولهذا فإن تنازل المقابل عن حقوقه فى المناقصات لا يعد ضماناً كافياً فى حد ذاته ، بقدر ما يمكن إعتباره طريقاً من طرق الوفاء الميسرة - ومن ثم يحرص البنك عادة على أن يقتضى ضمانات أخرى شخصية أو عينية من المقابل تغطى هذه المخاطر .

* وأخيراً قد يواجه البنك مشكلة حادة إذا كان هناك « مقابل من الباطن أو عمال يستخدمون حق الإمتياز المقرر لهم وفقاً للمادة ٦٦٢ ق مدنى » : إذ يصبحون فى وضع

متميز عن البنك المحال إليه فيحصلون على حقوقهم بالأفضلية عليه سواء استخدموا فى ذلك طريق الحجز تحت يد المحال عليه أو طريق الدعوى المباشرة .

- ولا حل لهذه المشكلة سوى أن يضع البنك شرطاً يمنع عميله (المقابل) من إستخدام مقاولين من الباطن ، أو يسمح له باستخدامهم بشرط أن يضمنوا المقابل الأصلي (المحيل) فى التسهيلات الممنوحة له ، وأما حقوق عمال المقابل فلا سبيل إلى التغلب عليها ، ويزداد موقف البنك خطورة إذا تعمد المقابل الأصلي (المحيل) عدم الوفاء لعماله بحقوقهم حتى يلجأوا هم للحجز على مستحقاته تحت يد رب العمل (الجهة الحكومية المحال عليها) ، وبذلك يضعف أو يزول ضمان البنك المحال إليه ، وليس لمشكلة العمال حل إلا بإنقاص أجرة العمالة من جملة المبالغ المتنازل عنها (المحولة) ، وعدم تعويل البنك عليها كضمان من بداية الأمر ، فإذا كانت العمالة فى تقدير البنك

تساوى ريع المبالغ المحولة ،
اعتبر البنك أن ضماناته فى
الحوالة هى ثلاثة أرباع قيمة
هذه المبالغ ، وعلى ضوء ذلك
التقدير يتمكن البنك من إقراض
المقاول التسهيلات الائتمانية
المناسبة أو الملائمة

(راجع فى ذلك : عمليات
البنوك من الوجهة القانونية -
للدكتور على جمال الدين عوض
القاهرة - ١٩٦٩ و ١٩٨٠ -
وراجع : موسوعة أعمال البنوك
من الناحيتين القانونية والعملية -
للدكتور محيى الدين أسماعيل
علم الدين - ج ٢ - ١٩٨٧) .

وبذلك نكون قد أنهينا من
الحديث عن موجز لشروط حوالة
الحق سواء من ناحية الإنعقاد
أو من ناحية النفاذ فى مواجهة
المدين المحال عليه وفى مواجهة
الشهير - وإليك الآن ملخص لأهم
آثار الحوالة الصحيحة النافذة :

الفرع الثالث

الآثار المترتبة على حوالة الحق
يترتب على أنعقاد الحوالة
ونفاذها قانوناً أن يخرج الحق
المحول من ذمة الدائن المحيل

ليدخل فى ذمة الدائن المحال
إليه ، لأن حواله الحق - فى
جوهرها - تصرف ناقل لحق
المحيل إلى المحال إليه المستفيد -
والقاعدة أن من ينقل حقاً
يضمه ، لذا كانت آثار الحوالة
هى إنتقال الحق المحول إلى
المحال إليه ، وضمان المحيل
لهذا الحق المحول سواء أكان
ضماناً قانونياً أو كان ضماناً
اتفاقياً ، وكذلك احتجاج المدين
فى مواجهة المحال إليه على
البيان الجهرى التالى :-

**أولاً : إنتقال الحق المحول من
المحيل إلى المحال إليه :**

أبرزت المادتان ٣٠٦ - ٣٠٧
مدنى الأثر الناقل للحوالة ،
فأكدتا أن الحق ينتقل إلى
المحال إليه بملقضى عقد
الحوالة ، وأكدت أن حوالة الحق
و ضماناته كالكفالة
والامتيازات والرهن ، كما
تعتبر شاملة لما حل من فوائد أو
أقساط - فمعلوم أن العقد لا
يقتصر على إلزام المتعاقد بما
ورد فيه ، لكن يتناول أيضاً ما
هو من مستلزماته وفقاً للقانون
والعرف والعدالة بحسب طبيعة

الإلتزام وفقاً لحكم المادة ١٤٨
٢/ ق مدنى - وتطبيقاً لذلك
بينت المادة ٣٠٧ مدنى ما
ينتقل مع الحق المحول من
مستلزمات أو توابع أو ضمانات
، غير أن وقت الإنتقال هذا قد
يختلف بالنسبة للمحيل عنه
بالنسبة للمدين المحال عليه أو
بالنسبة للشهير ، وهو ما يحتاج
لبسط الإيضاح الآتى :

**١ - إنتقال الحق وتوابعه أو
ضماناته :**

وأما الحق فهو : ذات الدين
الموجود بذمة المدين المحال عليه
سواء تعلق بشئ معين بالذات
أو غير معين بالذات ، والمقصود
بذات الدين هو نفس الأداء
الذى كان للمحيل أن يجبر
المدين (المحال عليه) على
إدائه كما وكيفاً ، بغض النظر
عما إذا كانت الحوالة قد تمت
بعوض أو تمت تبرعاً - ويدخل
فى مدلول نفس الحق : صفاته
وأوصافه ، كأن يكون تجارياً أو
مدنياً أو ثابتاً فى سند تنفيذى
أو أن يكون باطلاً أو قابلاً
للإبطال أو أن يكون معلقاً على
شرط أو مضاعفاً إلى أجل ...

مواجهة المحال إليه ، إذ يكون لهذا الأخير أن يجبره على الوفاء له مرة أخرى .

ولكن هناك إستثناء يرد على هذه الحالة ويستند أساسه على قاعدة " أن الغش يفسد كل شيء " ، حيث يعلم المدين بأن الدائن قد حول حقه ، فينتهز هذا المدين فرصة أن المحال إليه لم يتخذ الإجراء الذي يجعل الحوالة نافذة في حقه ، فيقوم بالوفاء للدائن المحيل متواطئاً معه للإضرار بالمحال إليه ، حينئذ يجوز للمحال إليه أن يرجع على المدين المذكور ليستوفى الدين منه ، ولا يعصم المدين من هذا الرجوع قوله : أن الحوالة لم تكن نافذة في حقه ، لأن التواطؤ الذي أتاه يرفع عنه هذه الحماية من ناحية ، ولأن الغش يفسد كل شيء من ناحية أخرى .

٤ - تحديد وقت انتقال الحق المحول بالنسبة للغير :

ينتقل الحق بالنسبة للغير بمجرد أن تصبح الحوالة نافذة في حقه عملاً بحكم المادة (٣٠٥ مئلى) كما سبق القول ،

ثم يكون على المحيل - منذ هذه اللحظة - أن يتمتع عن تلقى الوفاء من المدين المحال عليه ، كما يتمتع عليه أن يتصرف في هذا الحق بأي نوع من أنواع التصرفات إذ الحق لم يعد حقه ، فإذا أخل المحيل بذلك أو إذا أتى ما من شأنه أن ينقص الحق ، كان مسئولاً أمام المحال إليه عن تعويض الإضرار الذي تترتب على ذلك.

٣- تحديد وقت انتقال الحق المحول بالنسبة للمدين المحال عليه :

ينتقل الحق بالنسبة للمحال عليه منذ اللحظة التي تكون الحوالة قد أصبحت نافذة في حقه ، أما قبل نفاذ الحوالة في حقه فإن المحيل يظل - في نظر المدين - هو الدائن ويكون له كل الحق في أن يعامله على هذا الأساس ، وبناء على ذلك إذا قام المدين بالوفاء للمحيل -

قبل نفاذ الحوالة - فإن هذا الوفاء يبرىء ذمته سواء بالنسبة للمحيل أو للمحيل إليه ، أما لو تم هذا الوفاء بعد النفاذ ، فإنه لا يبرىء ذمة المدين في

وأما التوابع فهي : ضمانات الحق من تأمينات شخصية كالكفالة أو تأمينات عينية كالرهن أو الإختصاص والإمتياز ... مع مراعاة الأمر حيث يكون هذا الضمان عقارباً .

فإنه ينبغى ينبغى التأشير بالحوالة على هامش قيد الضمان بالشهر العقاري حتى يحتج بانتقال هذا الضمان على الغير ، ويعتبر من التوابع كذلك : وسائل التنفيذ غير المباشر (كالدفع بدم التنفيذ والحق في الحبس) والحق في الفسخ ، وما يكون قد حل من الفوائد أو الإبرادات إذا لم يكن المحيل قد أستوفىها قبل انعقاد الحوالة ، لكن الأقساط التي تكون قد أستحققت قبل الحوالة ولم يكن قد أستوفىها المحيل ، فإنها تكون جزءاً من ذات الدين أو الحق المحول ولا تكون من توابعه .

٢ - تحديد وقت انتقال الحق المحول بالنسبة للمحيل :

يترتب على انعقاد الحوالة أن يخرج الحق من ذمة المحيل ليدخل في ذمة المحال إليه ومن

وهذه هي القاعدة البسيطة حيث لا يوجد سوى حوالة واحدة ، أو حيث لا يقوم أحد الدائنين - وهو من الغير - بتوقيع حجز تحت يد المدين المحال عليه - لكن ما الحل إذا تعددت الحوالة بحق واحد ؟؟ وما الحل إذا قام أحد الدائنين بتوقيع حجز على الحق المحول ؟؟

* وأما عن حالة تعدد الحوالة بحق واحد : فمعناها أن المحيل يقوم بحوالة نفس الحق مرتين أو أكثر ، وكل مرة بمقد مستقل ولصالح شخص مختلف ، وقد تصدت المادة (٣١٣ مدني) لهذا التنازع قائلة " إذا تعددت الحوالة بحق واحد ، فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير " أي أن من نفذت حوالبته أولاً في حق الغير يفضل على سائر الدائنين المحال إليهم ، أي أن الحق المحول يكون له وحده دون زملائه المحال إليهم الآخرين ، وذلك بغض النظر عن تاريخ إنعقاد الحوالة فالعبرة فقط بتنفيذ الحوالة قانوناً ، مع مراعاة أنه لا يعتمد بالأفضلية التي تكون مبنية على الغش أو التواطؤ .

* وأما عن قيام أحد الدائنين (من الغير) بتوقيع حجز على الحق المحول تحت يد المدين المحال عليه ، فتلك حالة تصدت لها المادة (٣١٤ مدني) ولتوضيح الحل فيها يلزم التفرقة بين فروض ثلاثة :

الفرض الأول :

إذا كان المحجز قد حصل بعد تاريخ نفاذ الحوالة في حق الغير ، فلا أثر لهذا المحجز لأن الدائن المحجز في هذا الفرض يعتبر من الغير والحوالة قد نفذت في حقه قبل حصول المحجز ، بمعنى أن الحق المحجوز عليه لم يكن لمدينه وقت حصول المحجز تحت يده ، ولذا يختص المحال إليه وحده بكل الحق دون منازع .

الفرض الثاني :

إذا كان المحجز قد حصل قبل تاريخ نفاذ الحوالة في حق الغير ، فإن الدائن المحجز قد أوقع المحجز على حق مازال لمدينه ، ومن ثم يصح هذا المحجز ويرتب آثاره القانونية - وعملاً بحكم المادة (٣١٤ مدني) فإن الحوالة التي تكون نافذة في حق الغير بعد حصول المحجز

تعتبر بمثابة حجز آخر ، ولما كانت القاعدة إنه عند تزامم الدائنين المحجزين ينقسم الدين (المحجوز عليه) بينهم قسمة غرماء ، فإن كلاً من المحجز والمحال إليه يقتسم الحق المحول (المحجز عليه) قسمة غرماء .

الفرض الثالث :

إذا حصل حجز قبل نفاذ الحوالة ، وحصل حجز ثان بعد نفاذها ، فإن الدين ينقسم بين المحجز المتقدم وبين المحال إليه وبين المحجز المتأخر قسمة غرماء ثم يؤخذ من حصة المحجز المتأخر ما يستكمل به المحال إليه قيمة الحوالة ، وقد تأسس هذا الحل على دعاستين ، الأولى عدم تفضيل حاجز على حاجز ، والثانية عدم الإضرار بالمحال إليه نتيجة حجز وقع بعد نفاذ الحوالة في حق الغير .

(راجع في ذلك : مذكرات في أحكام الإلتزام ، أد . أحمد سلامة ج ٢ - ١٩٧٩) ونظرية الإلتزام - أد . محمد لبيب شنب ١٩٨٧ ، المحجز تحت يد البنوك - أ . عبد المنعم حسني المحامي ١٩٦٤ ص ٢٦٤ وما بعدها) .

ثانياً: ضمان المحيل للحق المحول .

وردت أحكام ضمان المحيل للحق في المواد ٣٠٨ ، ٣٠٩ ق مدني وهي قواعد مكملة في مجموعها ، أي يجوز للطرفين (المحيل والمحال إليه) أن يحددا الضمانات بشكل آخر ، فينطبق حكم المواد المذكورة في كل حالة لا يتفق فيها الطرفان على أحكام أخرى مغايرة حيث يجوز لهما ذلك ، وإذا يسكت الطرفان فإن الضمان يوصف بالضمان القانوني " وإذا يتفقا صراحة فإن الضمان يوصف حينئذ " بالضمان الإتفاقي " .

* وقبل أن نعرض لهاتين الصورتين ينبغي أن ننبه لقاعدة أساسية هي " أنه لا ضمان على المتبرع - ليس على المتبرع من سبيل " فإذا كانت الحوالة تبرعية ، فإذا ضمان المحيل لا يتحرك سواء أكان المحال عليه معسراً إعساراً كلياً أو جزئياً وسواء أكان هناك حق وردت عليه الحوالة أو لم يكن هناك حق بالمرة (المادة ٣٠٨ فقرة ٢ مدني) .

ولا يحد من إعمال هذه القاعدة الأصولية سوى ما تنص عليه المادة (٣١١ مدني) من أن المحيل يكون مسئولاً عن أفعاله الشخصية حتى ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو إشتراط عدم الضمان - والمقصود بهذا النص أن المتبرع وإن كان لا يلتزم بالضمان أصلاً إلا إنه على أي حال متعاقد ، وكل متعاقد عليه أن يلزم حسن النية في تنفيذ تعاقد ، ولذا فإذا أتى المتعاقد بما يتعارض مع مبدأ حسن النية كان مخطئاً وصحت محاسبته ، يستوي في ذلك أن يكون متبرعاً في التعاقد أو غير متبرع ، وتكون محاسبته هنا ليس على أساس قواعد الضمان الماثلة ، ولكن تكون على أساس الفصل الضار ، ومعلوم أن الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو الاتفاق على التخفيف منها يكون باطلاً فاقداً القيمة والأثر . وحديثنا بعد ذلك عن صورتى الضمان يفترض فيه أن الحوالة بعوض كما يلي :

* قبلان نسبة للضمان القانوني :

فإن المحيل يضمن فقط وجود الحق المحول وقت الحوالة عملاً بحكم المادة (٣٠٨ مدني) . والمقصود بالحق هو ذات الحق وتوابعه ومستزماته كما أسلفنا ، ويتقضى ضمان وجود الحق أن يكون الحق قائم وصحيح ، فإذا كان باطلاً أو كان صحيحاً وانقضى لأي سبب من أسباب انقضاء الإلتزام ، فإنه يكون غير موجود . والوقت الذي ينظر فيه إلى وجود الحق هو وقت انعقاد الحوالة لا وقت نفاذها ، فإذا كان الحق المحول موجوداً بهذا المفهوم في ذلك الوقت ، كان الدائن المحيل قد أوفى بالتزامه بالضمان حتى ولو انقضى الحق بعد ذلك الوقت ، فإذا حصل عكس ذلك كان المحيل قد أخل بالتزامه بالضمان ، فتحق عليه المسؤولية تجاه المحال إليه بموجب دعوى الضمان أو بغيرها . (أ.د. أحمد سلامة . المصدر السابق) .

ويلاحظ أن الضمان القانوني لا يمتد إلى ضمان يسار المدين

ثالثاً : احتجاج المدين المحال عليه بكافة الدفع :

على الرغم من أن الحوالة تنعقد ما بين المحيل والمحال إليه فقط ، ودون أن يكون المدين المحال عليه طرفاً فيها ولا شأن له بانعقادها وفقاً لحكم المادة (٣٠٣ مسدنى) ، إلا أن المشرع - مع ذلك - قد خوله مكنة الإحتجاج فى مواجهة الدائن المحال إليه بأى دفع يكون له مصلحة فيه ، ويكون متعلقاً بعقد الحوالة ولذا قضت المادة (٣١٢ مدنى) بأن « للمدين المحال عليه أن يتمسك فى مواجهة المحال إليه بالدفع التى كان له أن يتمسك بها فى مواجهة المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه - أى فى حق المدين - كما يجوز له أن يتمسك بكافة الدفع المسندة من عقد الحوالة » .

ومن أمثلة هذه الدفع :
الدفع ببطان الدين أو بانقضائه لأى سبب من الأسباب المقررة ، والدفع بانعدام الأهلية أو نقصها ، الدفع الناجمة عن عيوب الرضا (غش - إكراه -

المحيل عن ضمان الحق ؟؟ وفى ذلك تصدت المادة (٣١٠ مدنى) فقضت بأنه إذا رجع المحال إليه بالضمان على المحيل ، فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه من الدين أو الثمن مع الفوائد والمصروفات حتى ولو تم الإتفاق على غير ذلك (قاعدة أمرة) - ويراعى أن الفوائد هنا تحسب بالسعر القانونى وتحسب إعتباراً من يوم الدفع (الإستيلاء) وليس من يوم المطالبة بها قضائياً ، وأما المصروفات فيقصد بها تلك التى تكبدها المحال إليه سواء مصروفات إجراء الحوالة أو مصروفات الدعاوى أو الإجراءات القضائية سواء المقامة منه ضد المدين المحال عليه أو ضد المحيل ، وتشمل كذلك المصروفات التى تحملها أو تكبدها المحال إليه فيما قد إتخذه من اجراءات تحفظية للحفاظ على الحق المحول قبل إعلان الحوالة أو قبل مرحلة قبولها قانوناً ، حيث يجوز له ذلك عملاً بحكم المادة (٣٠٦ مدنى) .

المحال عليه ، إذ المفروض أن المحال إليه مضارب ، ولذا فهو يتحمل مغبة عدم استيفاء كامل الحق اللهم إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان صراحة ، وإذا ضمن المحيل يسار المدين ، فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت انعقاد الحوالة ، اللهم إلا إذا توافر اتفاق خاص يقضى بغير ذلك (المادة ٣٠٩ مدنى) .
* وبالنسبة للضمان الإتفاقي :

فمحموره . أنه يجوز للمتعاقدين أن يحدد الضمانات الخاصة بالحوالة بشكل آخر مفاير للأحكام المكملة الواردة بالمواد (٣٠٨ مدنى وما بعدها) وذلك إما تشديداً وإما تخفيفاً . هذا ومن قبيل التشديد : أن يشترط المحال إليه على المحيل ضمان يسار المدين المحال عليه - ومن قبيل التخفيف : أن يتفق الطرفان على أن المحيل لا يضمن توابع الحق أو لا يضمن حتى وجود الحق ذاته .

* ولكن ما هو أثر الضمان ؟
أو ما هى حدود مسئولية

تدليس) ، الدفوع الناتجة عن إنعدام سبب الالتزام (لغياب علاقة المديونية الأساسية أصلاً) أو لعدم مشروعية هذا السبب بمعنى الباعث الدافع (كأن يكون وقفاً لرشوة أو لدين قمار أو لإرتكاب جريمة . . .) .

هذا ولا يقيد المدين في تمسكه بتلك الدفوع المختلفة إلا القاعدة الأصولية « أن الفسخ أو التواطؤ يفسد كل شيء » إضافة إلى التزامه « بالتهذيب القانوني لاستعمال الحق » أو بعبارة أخرى « عدم التعسف في استعمال الحق » وفقاً للحالات الواردة بنص المادة الخامسة من القانون المدني .

خاتام البحث

ومن نتائج هذا البحث في محصلته الحتمية أن حوالة الحق - سواء إتخذت صورة حوالة الحق في القيمة الإيجارية أو صورة تنازلات المقاولين عن المستخلصات - كانت ولا زالت على أهميتها وقواعليتها في مجال العمل والائتمان المصرفي ، ذلك أنها - وفي تقديرنا - ليست فحسب ضماناً شخصية من

الضمانات الائتمانية المقررة للبنوك في تعاملاتها بصفتها دائنة ، ولكنها علاوة على ذلك وفي حقيقتها المجردة تعتبر من أحسن الطرق الميسرة أو الهادئة والمهذبة للوفاء بديون البنك ، أو لإستيفاء الأخير مستحقاته كاملة لدى العملاء المدينين دون أي عناء أو متاعب ودون أي مشاغبات قضائية يكون من شأنها إعاقة أداء العمل في الجهاز المصرفي بوجه عام .

ومن ناحية أخرى فقد تلاحظ في المجال العملي كذلك ، أن حوالة الحق تحظى بالإقبال المتزايد والمستمر من جمهرة كبيرة من العملاء المقترضين من البنوك إذا ما قورن ذلك بالتعامل بأى صورة من صور الضمانات الأخرى المقررة كالتعامل مثلاً بضمان الرهن الرسمى سواء أكان عقارياً أو كان رهن محلاً تجارياً ، ولعل السبب في ذلك مرجعه إلى ما تتميز به الحوالة من يصر في الإجراءات القانونية وسرعة في الديناميكية المصرفية ، علاوة على ما تتميز به أيضاً من قلة أو بساطة رسومها ومصروفاتها

المقررة قانوناً عند إعلانها على يد محضر المحكمة أو عند إثبات تاريخ قبولها لدى مصلحة الشهر العقاري والتوثيق ، مع بساطة نفقاتها وتكاليفها المتطلبية ابتداءً في مرحلة تحضيرها أو مرحلة إعدادها واستيفاء أوراقها اللازمة تمهيداً لوضعها موضع التنفيذ بين المتعاقدين (العميل المحيل والبنك المحال إليه) ، على عكس الحال تماماً عند التعامل بصور الضمانات العينية الأخرى كالرهن الرسمى أو غيره ، ويكفى القول في هذه الميزة أن ضمانات البنك إذا كانت رسمية (كالرهن الرسمى بنوعيه) فإنه يلزم عند انتهاء التعامل أو عند سداد المديونية ، إجراء شطب هذا الضمان رسمياً أيضاً وحينئذ يتحمل العميل برسوم ومصاريف جديدة لأجراء هذا الشطب لدى مصلحة الشهر العقاري والتوثيق ، على حين أنه لا يتكبد أى شيء من ذلك إذا ما كان التعامل بضمان حوالة الحق ، لأن الحوالة بطبيعتها - وفي الحالات العادية لا يلزم لها أجزاء ختامى مثل أجزاء الشطب الرسمى .

ومن ثم فإن ما يمكن اعتباره « عيباً تشريعية أو عيوباً عملية » في نظام التعامل بالضمانات أو التأمينات العينية الرسمية ، يمكن في ذات الوقت - وعلى التقييد في الوجه الآخر - إغتياره أيضاً « مزايا أو مواطن الجمال » في نظام التعامل بالضمانات الشخصية وعلى رأسها « حوالة الحق » وهذه رؤية واقعية - على الأقل - من منظور العميل المدين نفسه ، إن لم تكن من منظور البنك الدائن أيضاً وفقاً لسياسات في الائتمان المصرفي .

هذا وقد حاولنا - مجتهدين - أن نتناول هذا البحث المبسط من جمل ثلاث نواحي متكاملة ومتراصة مع بعضها إرتباطاً وثيقاً لا يقبل أي تجزئة ، فتحدثنا عن حوالة الحق من ناحية موقف المشرع منها في القانون المدني (المواد ٣٠٣ ، وما بعدها) ثم موقفه منها في أحكام قانون الشهر العقاري الحالي (المادتان ١١ ، ١٢ مكرر) ، ثم التعامل بها أو

تطبيقها لدى البنوك في مجال الائتمان المصرفي مع التلخيص بأن مزاياها أو محاسنها أكثر وأهم جداً من عيوبها إذا وجدت .

لذلك أوضحنا في الفرع الأول تعريف الحوالة وطبيعتها القانونية ، ثم بعد ذلك أوضحنا في الفرع الثاني شروط انعقادها ثم شروط نفاذها قانوناً سواء في حق المدين المحال عليه أو نفاذها في مواجهة الغير أيأ كان موقعه ، وهنا أشرنا لبعض الأحكام الخاصة بصورة حوالة الحق في الأجرة لدى المستأجرين ، ثم أتبعناه ببعض الأحكام الخاصة بصورة تنازل المقاتلين عن المستخلصات لدى الجهة طارحة المناقصة ، وبعد ذلك أوردنا في الفرع الثالث من البحث موجزاً لأهم الآثار القانونية الجميلة المترتبة على حوالة الحق ، ومنها انتقال الحق المحول من جانب المحيل إلى جانب المحال إليه (البنك الدائن) ، وهنا أوضحنا الموقف بالنسبة لحالة

تعدد الحوالة بحق واحد ، والموقف في حالة قيام أحد الدائنين من الغير بتوقيع حجز تحت يد المدين على الحق موضوع الحوالة ، وبعد ذلك تحدثنا عن ضمان المحيل للحق المحول بما في ذلك صورة الضمان القانوني وصورة الضمان الإتفاقي ، وكذلك أثر هذا الضمان في مواجهة الدائن ولنا أثراً إضافياً خاصاً بمسئوليته عن الضمان في هذا المجال ، وأخيراً تناولنا أثراً إضافياً خاصاً بأحقية المدين المحال عليه في الإحتجاج على المحال إليه (البنك) بكافة الدفوع المرتبطة بحوالة الحق .

تم البحث بفضل وعطف من الله ؟

« من اجتهد وأصاب لله عدد الله أجراً ، ومن أخطأ فله عند الله أجر واحد » والله نسأل أن يكون لنا هذا الأجر الكريم ؟

بكل الحزن والأسى .. وبكل الإيمان بقضاء الله وقدره ينمى مجلس النقابة زملاء أعضاء إنتقلوا إلى رحمة الله تعالى .. أفقدتهم المحاماة وكانوا لها سنداً .. ويتضرع المجلس إلى العلى القدير أن يتغمدهم برحمته وأن يسكنهم فسيح جناته .. وأن يلهم أسرهم وزويهم وزملائهم الصبر والسلوان .

الاستاذ / يعقوب جوده المحامى

الاستاذ / احمد بدر عليه المحامى

الاستاذ / فتحى محمود سلامة المحامى

الاستاذ / حسن احمد عيسى المحامى

الاستاذ / ابراهيم باسيلي ابراهيم المحامى

الاستاذ / سعيد خلسه المحامى

الاستاذ / كامل رضوان المحامى

الاستاذ / لويس زكى غبريال المحامى

الاستاذ / عباس بركات عباس المحامى

الاستاذ / محمود يحيى حمدي المحامى

الاستاذ / عبد الفتاح مجدى المحامى

الاستاذ / سمير امام الزهيرى المحامى

الاستاذ / مصطفى حنفي حسن المحامى

الاستاذ / عدلى امين فكري المحامى

الاستاذ / فتحى نوالا شنوده المحامى

الاستاذ / محمد عبد الحليم مهنا المحامى

الاستاذ / محمد حمدي طاهر المحامى

الاستاذ / حسن الجميل المحامى

الموضوع :

تقديم :

الصفحة

١ للسيد الأستاذ عصمت الهوارى المحامى - سكرتير التحرير - وكيل نقابة المحامين

أولاً : من قضاء المحاكم :

٤ قضاء النقض المدني

ثانياً : الأبحاث :

نحو تطبيق الشريعة الإسلامية :

٢٤ للسيد الأستاذ الدكتور / محمد كامل عبيد - كلية الحقوق - فرع بنى سويف

جرائم المأفيا ضد القضاة والإنسانية :

٣٣ للسيد الأستاذ / عبد الفتاح مراد - رئيس محكمة الإسكندرية

مجال رقابة محكمة النقض على تقدير توافر الإرتباط بين الجرائم فى ظل نظرية العقوبة المبررة :

١٥ للسيد الدكتور / مجدى محمود محب حافظ

مدى مسئولية البنك فى القرض فى عقد الإعتماد المستندى :

٦٠ للسيد الدكتور / جلال أحمد خليل - المحامى بالنقض

جريمة خيانة الأمانة :

٩٣ للسيدة الأستاذة / إجلال النمر - المحامية

بدائل الدعوى الجنائية :

١٠٣ للسيد الأستاذ حمدى رجب عطية - المحامى

ميراث الأخوة للإام تـ صيلا وتفصيلا :

١١٦ للسيد الأستاذ / عبد المزمز أحمد حسن عامر - المحامى

رؤية فى القانون الجديد المعدل للمادة الأولى من قانون التأمينات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ :

١٢٥ للسيد الأستاذ المستشار / السيد عفىلى - نائب رئيس مجلس الدولة سابقاً

مسكن الإوجبة فى القانون الجديد :

١٣١ للسيد الأستاذ / أمين صفوت - المحامى بالنقض

المعاملة التشريعية لحالة الحق ودورها فى الإلتزام المصرفى

١٤١ للسيد الأستاذ / شكرى محمد سيد - المحامى - بنك مصر

١٥٥ فى رحاب الله

مقالات في كلمات

أحسن الكلام ما صدق فيه قائله ، وأنتفع به سامعه .

أرسطو



اللهم أسألك الغنى فى الدنيا ، وأعوذ بك من الرغبة فيها ، وأسألك الزهد فى الدنيا ، وأعوذ بك من الفقر فيها .

الفصل بن عباس



الأمانة هى الفصل الأول فى كتاب الحكمة .

لوماس جيفرسون



أفضل الحياة فى ظل صحافة بلا حكومة عن الحياة فى ظل حكومة بلا صحافة .

إبراهيم نكولن



ليس الشرف أن تحصل على تكريم ، وإنما أن تكون مستحقاً لهذا التكريم .

أرسطو



الذين يصنعون التاريخ ليس لديهم وقت لكاتبه .

صمويل بيكر



الصديق المزيف كالظل ، يمشى ورائى عندما أكون فى الشمس ، ويختفى عندما أكون فى الظلام .

جبران خليل مطران



قد تخفى الثياب الجميلة حقيقة الإنسان .. ولكن الكلمات الحقا ، سوف تكشفه بسهولة .

جان جاك روسو

قالوا عن المحاماة

إن إستقلال المحاماة عزيز على العدالة كما هو عزيز عند المحامين . ولولا حرية المحامين فى ان يناقشوا وينتقدوا احكام القضاء نفسه لتكررت الاخطاء وتراكمت . واستحال اصلاحها وتجنبها . ولاصبحت المحاكم مصدراً للمظالم بدلا مما هى الآن عنوان الحقيقة والعدل .

« المحامى الفرنسى بيرونيه »

دار وهماذج للطباعة

ت: ٩٠٥٠٣٦ - ٩٢٣٣٤٤

المجلة القانونية



العددان السابع والثامن - سبتمبر وأكتوبر ١٩٩١ - السنة الحادية والسبعون

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ

صدق الله العظيم

حقوق الانسان أمام القضاء فى الإسلام

السيد المستشار / البشري محمد الشوريجي

بمحكمة النقض

الطبيعة القانونية للجان الطعن الضريبي

للمستشار الدكتور/ أسامة الشناوى

بمحاكم الاستئناف ومساعد المدعي العام الاشتراكي

اندماج الشركات من الناحية القانونية والإجرائية

السيد الأستاذ/ عبد المحسن محمد طبق

المحامي بالنقض

أحقية متلقى الامتياز التجارى فى التعويض

السيد الدكتور/ محمد حسام محمود لطفى

رئيس قسم القانون المدنى - حقوق القاهرة

الشروط الموضوعية لدعوى الالغاء

السيد الأستاذ/ السيد ابراهيم قصة

المحامي بالاستئناف العالى

أصول التكييف فى المواد الجنائية

للسيد المستشار / عبدالفتاح مراد

رئيس المحكمة بالاسكندرية

التشريع الضريبي وضريبة المبيعات

للسيد الأستاذ/ حسن شبريه

نقيب المحامين بالديوم

مفهوم القانون المحدد فى العقود الخاصة الدولية

للسيد المستشار / الدكتور منير عبدالمجيد

الزنايين الشريعة الإسلامية وقانونى العقوبات والإجراءات

للسيد الأستاذ/ على شافعى

المحامي بالاستئناف العالى

إساءة استخدام الحق فى الادعاء المباشر

للسيد الأستاذ/ صابر الرماح

المحامي بالاستئناف العالى

قال ﷺ :

من ولى من أمر المسلمين شيئاً ، فولى رجلاً وهو يجد من هو أصلح منه ، فقد خان الله ورسوله والمؤمنين .

● ● ●

وقال ﷺ :

ليس خيركم من ترك الدنيا للآخرة ، ولا الآخرة للدنيا ، ولكن خيركم من أخذ هذه وهذه .

● ● ●

وقال ﷺ :

إن هذا الدين متين ، فأوغلوا فيه برفق ، فإن المنيب لا أرضاً قطع ، ولا ظهراً أبقى .

● ● ●

وقال ﷺ :

دع ما يريبك إلى ما لا يريبك .

● ● ●

وقال ﷺ :

لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه .

● ● ●

وقال ﷺ :

البر حسن الخلق ، والإثم ما حاك في نفسك ، وكرهت أن يطلع الناس عليه .

● ● ●

وقال ﷺ :

آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا أؤتمن خان .
صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم

وبالعدل تستقيم الأمور ..

إن العدل في الأمة هو عنوان حضارتها وارتقائها .. هو عامل جوهري من عوامل تقدمها ورخائها .. ولا تغالي إذا قلنا أنه سبب وجودها وبقائها .. لأنه الدرع الواقي لكل أبنائها .. والملاذئ الباقى لكل مظلوم .. به تتأكد آدمية وحقوق الإنسان .. وبه يتحقق الأمن والأمان .. وبه يخفى القهر والبطش والظفان .. إنه العدل الذي تستقيم به كل الأمور !!

تقديم

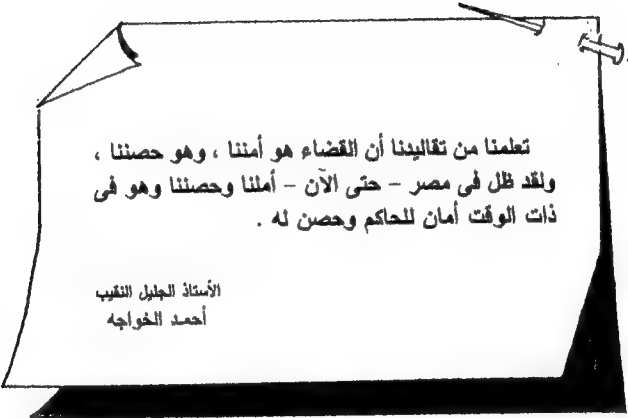
ويروي لنا التاريخ أن أحد الولاة في صدر الاسلام كتب إلى أمير المؤمنين الخليفة عمر بن عبد العزيز يستأذنه في استخدام العنف ضد أهل مدينة يتولى شئونها .. وأورد هذا الوالي في كتابه أن أهل تلك المدينة لا يصلحون إلا بالسيف والسوط .. فكتب إليه أمير المؤمنين كتابا تضمن عبارة قصيرة جازمة وحازمة . إذ قال له (كذبت أيها الوالي .. بل يصلحهم العدل والحق ، فأبسط ذلك فيهم ، واعلم أن الله لا يحب المفسدين) !!

كما يروي التاريخ كذلك أن واليا طلب من ذات الخليفة مزيدا من سلاح وعتاد وجنود ، فرد عليه أمير المؤمنين قائلا (لا تحصنها بالجد ، ولكن حصنها بالعدل) !!

إن هذا الذي سطره الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز ، يؤكد أن قوة الحاكم فيما يبسطه من عدل ، خير له وأبقى من قوة يستمدّها من جند .. فالجد لا تفرض إلا القهر والخوف ، أما العدل فإنه مصدر كل أمن وأمان واستقرار .. فليس لحاكم أن يزهو بسلاح أعده لمواجهة شعبه ، وإنما له أن يزهو ويفخر بعدله الذي سوف يسأل عنه أمام ربه !!

إن العدل في أمة ليس منحة من الحاكم إلى شعبه .. وليس صدقة يتصدق بها على رعاياه .. وليس شعارا أجوفًا بغير مضمون .. وإنما العدل التزام فرضه الخالق على كل مخلوق .. فكان حقا على كل حاكم أن تتفجر ينباع العدل في نفسه وحسه .. فلا يطمع قريب من قرابته له ، ولا يياس ضعيف من عدله .. فالجميع سواء أمام عدل الحاكم كأسنان المشط .. فبالعدل يقوم مجتمع لا عصمة لأحد فيه من سيف القانون القاطع الذي لا يفرق بين قوى وضعيف ، أو غنى وفقير ، أو قريب وبعيد ، أو بين مؤيد ومعارض .. فبالعدل وحده يتم بناء الأمة .. وبه وحده تستقيم الأمور !!

للسيد الاستاذ
عصمت الهوارى
المحامى
سكرتير التحرير

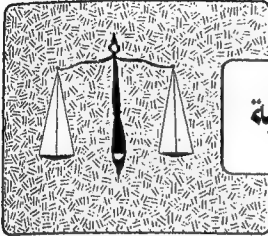


تعلمنا من تقاليدنا أن القضاء هو أمننا ، وهو حصننا ،
ولقد ظل في مصر - حتى الآن - أملنا وحصننا وهو في
ذات الوقت أمان للحاكم وحصن له .

الأستاذ الجليل النقيب
أحمد الخواجه



من قضاء المجاهدين



مبادئ النقض فى المواد المدنية

(١)

جلسة ١٩٨٩/١/٥

(١) مسئولية «المسئولية التقصيرية» :
المسئولية الشبكية.

مسئولية حارس الأشياء م ١٧٨ مدنى .
مناطها .

(٢) مسئولية . مرافق عامة .

مسئولية وحدات الحكم المحلى عن حراسة
شبكات الادارة العامة فى المدن والقرى . أساسها .

(٣) دعوى «سبب الدعوى» . تعويض .
مسئولية . محكمة الموضوع .

محكمة الموضوع . التزامها بتحديد الأساس
القانونى الصحيح للمسئولية فى دعوى
التعويض . عدم تقيدها بإسناد المضرور .
لا يعد ذلك تغييرا للسبب فيها . علة ذلك .

الحراسة الموجبة للمسئولية طبقا لنص المادة
١٧٨ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به
قضاء هذه المحكمة - إنما تتحقق بسيطرة
الشخص الطبى على المعنوى على الشئ
سيطرة فعلية فى الاستعمال والتوجيه والرقابة
لحساب نفسه .

٢ - مؤدى نص المادة الثانية من القانون

رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ - الذى يحكم واقعة
الدعوى - بعد تعديلها بالقانون رقم ٥٠
لسنة ١٩٨١ والمادة التاسعة عشر من اللائحة
التنفيذية لهذا القانون أنه أصبح بصور القانون
رقم ٤٢ لسنة ١٩٧٩ منوطا بوحدة الحكم
المحلى تولى أعمال إنشاء وصيانة شبكات الانارة
العامة فى مختلف المدن والقرى فتكون هذه
الوحدات فى منلول حكم المادة ١٧٨ من القانون
المدنى حارسة على هذه الشبكات باعتبارها
الجهة ذات الهيمنة والسيطرة الفعلية عليها بما
أسند اليها قانونا مهام انشائها واستعمالها
وصيانتها والرقابة على ما يتصل باستهلاك طاقة
الكهرباء، ولا يمسوغ انصراف الحراسة الى
للشركة الطاعنة والتي يبين من استقراء القرار
رقم ٢٢١ لسنة ١٩٧٨ الصادر من رئيس مجلس
الوزراء بتأسيسها أن الغرض من انشائها هو
توزيع وبيع الطاقة الكهربائية للمستهلكين
بمحافظات مصر الوسطى فلا يعتبر قيامها بهذا
المعنى من شأنه أن يخرج شبكات الانارة العامة
من السلطة الفعلية لوحدات الحكم المحلى وفقا لما
استهدفه القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ ولاحتته
التنفيذية .

٣ - المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه
المحكمة - أنه يتعين على محكمة الموضوع فى

١ - لما كان حضور النيابة عند النطق بالحكم غير لازم عملاً بنص المادة ٢/٩١ من قانون المرافعات وكان الثالث من محاضر جلسات محكمة الاستئناف بأن النيابة قد مثلت أثناء نظر الاستئناف فلن نعي النيابة على الحكم المطعون خلو ديبياته ومحضر جلسة النطق به مما يفيد تمثيل النيابة يكون في غير محله.

٢ - المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه بحسب الحكم المطعون فيه أن يؤيد قرار لجنة الطعن المودع ملف الدعوى ويحيل إلى أسباب ليكون ما يحويه هذا القرار من وقائع وأسباب ورد على دفاع الطاعنين جزءاً متمماً ولا يعيبه أنه لم يدون تلك الأسباب ويرصدها كلها أو بعضها، ما دامت قد أصبحت بهذه الحالة ملحقاً به.

٣ - المحكمة غير ملزمة بأجابة طلب تعيين خبيراً متى كانت قد وجدت في تقرير الخبير السابق ندبه وفي أوراق الدعوى وعناصرها الأخرى ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل فيها.

(الطعن رقم ٢٢١٠ لسنة ٥٣ ق)

(٣)

جلسة ١٩٨٩/١/٩

مسئولية - مسؤولية الناقل الجوي ، معاهدات . نقل جوي .

دعوى المسؤولية قبل الناقل الجوي عن تعويض التالف في الامتعة والبضائع . شرط قبولها . توجيه المرسل اليه الى الناقل الاحتجاج المنصوص عليه في المادة ٢٦ من اتفاقية فارموفيا المعدلة بالمادة ١٥ من بروتوكول لاهاي في المواعيد المقررة . تخلف ذلك .

كل حال أن تنقضى من تلقاء نفسها الحكم القانوني الصحيح المنطبق على العلاقة بين طرفي دعوى التعويض، وأن تنزله على الواقعة المطروحة عليها، باعتبار أن كل ما تولد به للضرر من حق في التعويض عما أصابه من ضرر قبل من أضر به أو تسبب فيه إنما هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض، مهما كانت طبيعة المسؤولية التي استند إليها المضرور في تأييد طلبه ، أو النص القانوني الذي - اعتمد عليه في ذلك، لأن هذا الاستناد يعتبر من وسائل الدفاع في دعوى التعويض التي يتعين على محكمة الموضوع أن تأخذ منها ما يتفق وطبيعة النزاع المطروح عليها وأن تنزل حكمه على واقعة الدعوى ولا يعد ذلك تغييراً لسبب الدعوى أو موضوعها.

(الطعن رقم ٤٩٢ لسنة ٥٦ ق)

(٢)

جلسة ١٩٨٩/١/٩

(١) حكم تمثيل النيابة . ضرائب . دعوى .

حضور النيابة عند النطق بالحكم . غير لازم . م . ٢/٩١ مرافعات .

(٢ ، ٣) حكم تسبیب الحكم . محكمة الموضوع . خبرة .

(٢) قرار لجنة الطعن الضريبي . تأييده والاحالة الى اسبابه واعتباره جزءاً متمماً للحكم . لا عيب .

(٣) محكمة الموضوع . عدم التزامها بأجابة طلب تعيين خبير آخر متى وجدت في تقرير الخبير السابق ندبه وفي أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل فيها .

أثره . عدم قبول الدعوى الا فى حالة التتليس من جانب الناقل .

مفاد ما نصت عليه المادة ٢٦ من اتفاقية فارسوفيا الدولية للطيران المعدلة بالمادة ١٥ من بروتوكول لاهاي فى ١٩٥٥/٩/٢٨ ، والتي وافقت مصر عليها بالقانونين رقمى ٥٩٣ ، ٦٤٤ لسنة ١٩٥٥ ، أنه فى حالة اكتشاف تلف فى البضاعة يجب على المرسل اليه أن يوجه الى الناقل بمجرد ذلك احتجاجا فى شكل تحفظ على سند الشحن أو فى صورة محرر آخر خلال سبعة ايام على الأكثر إذا تعلق الأمر بالامتنعة واربعة عشر يوما إذا تعلق الأمر بالبضائع وذلك من تاريخ استلامها ، فإذا لم يوجه الاحتجاج فى المدة المذكورة ، كانت دعواه ضد الناقل غير مقبولة الا فى حالة التتليس من جانب الأخير .

(الطعن رقم ٣٠٣٢ لسنة ٥٧ ق)

(٤)

جلسة ١٩٨٩/١/١٠

رسوم الرسوم على الأوراق .

عدم تحديد الموارد المالية والرسوم المحلية طبقا لأحكام القانونين ٥٢ لسنة ١٩٧٥ ، ٤٣ لسنة ١٩٧٩ . مؤداه . وجوب تطبيق قرار وزير الادارة المحلية رقم ٢٢٦ لسنة ١٩٧١ بشأنها . م ١/٣ ، ١/٤ من القانونين المذكورين (مثال بشأن الرسوم على الأوراق) .

لما كانت الفقرة الأولى من كل من المادة الثالثة من القانون ٥٢ لسنة ١٩٧٥ والمادة الرابعة من القانون ٤٣ لسنة ١٩٧١ قد نصت على أن يعمل بأحكام قرار وزير الادارة المحلية رقم ٢٢٦ لسنة ١٩٧١ والقرارات المكمله له

بشأن الموارد المالية والرسوم المحلية وذلك حتى تحدد هذه الموارد والرسوم طبقا للأحكام الواردة فى القانون المرافق ، وكانت الرسوم على الاسواق المرخص فى ادارتها للأفراد - موضوع النزاع المطروح - لم تحدد طبقا لأحكام أى من هذين القانونين فلن قرار وزير الادارة المحلية المشار اليه - والذي يفرض تلك الرسوم بواقع ٣٥ مليما فى كل متر مربع من مساحة السوق - يكون هو الواجب التطبيق ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى فى قضائه على عدم أحقية جهة الادارة فى مطالبة المطعون ضده بالرسوم موضوع الدعوى تأسيما على أن الأوراق خلت مما يدل على اتباع الاجراءات التى يستلزمها القانون لتحديد تلك الرسوم ، فإنه يكون قد خالف القانون .

(الطعن رقم ٢٩٥ لسنة ٥٣ ق)

(٥)

جلسة ١٩٨٩/١/١٥

(١) حكم بتسبيب الحكم محكمة الموضوع سلطتها فى تقدير الدليل . تعويض .

سلطة محكمة الموضوع فى فهم الواقع فى الدعوى واستخلاص ما تطمئن اليه متى كان استخلاصها مانعا لها تقدير اقوال الشهود . وان تعتمد فى استجلاء الحقيقة على أى قرينة تطرح أمامها حتما ولو كان تحقيق للشرطة . مثال غرق طفل فى حمام سباحة .

(٢) حكم بتسبيب الحكم . محكمة الموضوع سلطتها فى تقدير الدليل . نقص .

عدم التزام محكمة الموضوع بإيراد كل حجج الخصوم وتفصيلات دفاعهم والرد عليها استقلالا

امامها ، وأن تعتمد في استجلاء الحقيقة على أى قرينة تطرح امامها حتى لو استخلصتها من تحقيق اجرائه الشرطة ، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع في حدود سلطتها في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها وما اطمأنت اليه من المستندات المقدمة اليها - خلصت الى أن ابن المطعون عليهما غرق في حمام سباحة مملوك للشركة الطاعنة ، واستدلت على ذلك بما أثبتته المحقق في مقدمة محضر الجنتحة من أن مصنع الشركة هو الذى أبلغ بغرق طفل بحمام السباحة الموجود بالنادي الخاص بالشركة داخل المدينة السكنية وأنه لم يثبت وجود حمامات أخرى أو مجارى داخل المدينة السكنية للشركة حتى يمكن التشكيك في حدوث الغرق بحمامها كان هذا الاستخلاص سابقا وله اصله الثابت في الأوراق ومن شأنه أن يؤدى الى ما انتهى اليه الحكم المطعون فيه من أن الحادث وقع في حمام السباحة المملوك للطاعنة.

٢ - لما كانت محكمة الموضوع غير ملزمة أن تورد بالحكم كل الحجج التي يلى بها الخصوم وتفاصيل دفاعهم وترد عليها استقلالا ما دام في قيام الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها يتضمن الرد المسقط لكل حجة تخالفها فإن ما تثيره الطاعنة في هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلا في تقدير محكمة الموضوع للأدلة وهو ما لا يجوز اثارته امام محكمة النقض.

٣ - الشيء في حكم المادة ١٧٨ من القانون المذنب - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو ما تقتضى حرامته عناية خاصة إذا كان خطراً بطبيعته أو كان خطراً بطروفه وملابساته بأن يصبح في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن

ما دام في قيام الحقيقة التي اقتنعت بها الرد المسقط لكل حجة تخالفها . الجدل الموضوعي في تقدير الأدلة عدم جواز اثارته امام محكمة النقض.

(٣) مسئولية مسئولية تقصيرية .
المسئولية الشيلية . تعويض .

الشيء في حكم المادة ١٧٨ مذبى . ما هيته ما تقتضى حرامته عناية خاصة إذا كان خطراً بطبيعته أو كان خطراً بطروفه وملابساته بأن أصبح في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر . مثال . حمام السباحة من الأشياء التي تتطلب حرامتها عناية خاصة بالنظر الى ظروف الحادث.

(٤) محكمة الموضوع بتقدير الدليل . في مسائل الواقع . في المسئولية . تعويض .
مسئولية . في المسئولية التقصيرية في ركن الخطأ.

إثبات مساهمة المضرور أو الغير في الفعل الضار ويكون الضرر من فعل أيهما وحده .
سلطة لقاضى الموضوع دون رقابة لمحكمة النقض ما دام استخلاصه سابقا .

(٥) محكمة الموضوع سلطتها . تقدير الدليل . في المسئولية . تعويض .

تقدير مبلغ التعويض الجابر للضرر استقلال محكمة الموضوع به - ما دام لا يوجد نص يلزم باتباع معايير معينة في خصوصه .

١ - المقرر في قضاء هذه المحكمة ان محكمة الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى واستخلاص ما تطلبن اليه متى كان استخلاصها سابقا من أصل ثابت في الأوراق ولها سلطة تقدير اقوال الشهود وكل دليل يطرح

ما دام لا يوجد في القانون نص يلزم باتباع معايير معينة في خصوصه.

(الطعن رقم ١٧٨١ لسنة ٥٦ ق)

(٦)

جلسة ١٩٨٩/١/١٥

(١) إثبات «اليمين».

توجيه اليمين الحاسمة . حق الخصم في أية مرحلة تكون عليها الدعوى.

(٢) إثبات . حكم «تسييب الحكم».

الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات . عدم التزام المحكمة بتسييبها ما لم تتضمن قضاء قطعيًا . وجوب إعلان منطوق هذه الأحكام والجلسة المحددة للإجراء بميعاد يومين لمن لم يحضر من الخصوم جلسة النطق بها . م ٥ إثبات . تخلف ذلك . أثره بطلان العمل . الميعاد المشار إليه ميعاد خاص بإخلافه عن الميعاد المنصوص عليها في م ٦٦ مرافعات . مثال .

(٣) إثبات «اليمين الحاسمة» . إستئناف . حكم «الأحكام غير الجائز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن» . مناطه . أن يكون توجيهها أو حلفها أو اللكول عنها مطابقاً للقانون . مثال .

١ - للخصم توجيه «مين الحاسمة لخصمه في أية مرحلة تكون عليها الدعوى دون أن يعد ذلك تسفياً في توجيهها .

٢ - لما كان المشرع قد نص في المادة الخامسة من قانون الإثبات على «الاحكام الصادرة بإجراءات الإثبات لا يلزم تسييبها ما لم تتضمن قضاء فعلياً . ويجب إعلان منطوق هذه

يحدث الضرر، وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص حمام المباحة الذي وقع فيه الحادث هو من الأشياء التي تتطلب حراستها غاية خاصة بالنظر إلى ظروف الحادث وملابساته استناداً إلى ما قرره أن عمره ٢٥ م وعمقه من ٥ - ٦ م وأنه كان ممثلاً في يوم وقوع الحادث . وثابت من أقوال مسئول النشاط الرياضي بأندية الشركة بأن الحمام يقع في وسط النادي ولا يمكن منع الاقتراب منه لرواد النادي ومثل هذا الحمام يعتبر شيئاً خطراً في مثل هذه الظروف طالما أنه غير محاط بسور يمنع الدخول إليه إلا بإذن مالكه أو تعيين عليه حراسة تمنع ذلك وهو الأمر الذي تنتفي سماعه وقوع الحادث وأن الثابت من أقوال المسؤولين المذكورين أن الحمام بعد الساعة ٢ لا يكون به - مسئول عن الانتفاذ.

٤ - لما كان إثبات مساهمة المضرور أو الغير في الفعل الضار وأن الضرر من فعل أيهما وحده من مسائل الواقع التي يقرها قاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض ما دام استخلاصه سائفاً . وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص من الأوراق أن صغر السن لم يكن هو الذي أدى إلى الحادث وأن عدم وجود الحارس على الحمام هو للخطأ المباشر الذي أدى إلى الوفاة وكان هذا الذي استخلصه الحكم سائفاً وكفى لحمل قضائه فإن النعي بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً مما لا تجوز آثاره أمام محكمة النقض.

٥ - متى بينت محكمة الموضوع في حكمها عناصر ضرر الموجب للتعويض فإن تقدير مبلغ التعويض الجائر لهذا الضرر هو - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مما تمتثل به

الذى يرفقه القانون على النكول وحكم على مقتضاه ، فإن الطعن عليه بالنقض غير جائز .

(الطعن رقم ٢٣٢٣ لسنة ٥٥ ق)

(٧)

جلسة ١٩٨٩/١/١٥

(١) مسئولية «المساهلة» عن استعمال حق النقاضى والدفاع .

حق الالتجاء للقضاء عدم جواز الانحراف به ابتغاء مضارة الغير مخالفة ذلك . إساءة لإستعمال الحق تستوجب التعويض .

(٢) محكمة الموضوع «تقدير الدليل» . مسئولية «المسئولية التقصيرية» .

استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر . سلطة تقديرية لمحكمة الموضوع - ما دام هذا الاستخلاص سائفا .

(٣) مسئولية «المساهلة» عن استعمال حق النقاضى والدفاع، تعويض .

تحديد المشرع اجراءات خاصة للقضاء للتقرير بعدم صلاحيتهم وردهم . وتحديثهم المواد ١٤٦ - ١٦٥ مرافعات . عدم خروج ذلك عن القاعدة العامة لمساهلة المنحرف عن استعمال حق النقاضى . حق النقاضى الذى تقرر رده أن يلجأ للقضاء للحكم له على طالب الرد بالتعويض . مثال بشأن الانحراف فى استعمال حق النقاضى ابتغاء مضارة المدعى يتوافر به الخطأ التقصيرى .

الاحكام الى من لم يحضر جلسة النطق به ، وكذلك يجب اعلان الاوامر الصادرة بتعيين تاريخ اجراء الاثبات والا كان العمل باطلا . ويكون الاعلان بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد يومين . فإن مؤدى ذلك أن ميعاد الحضور الذى تضمنه هذا النص الخاص هو الميعاد الواجب مراعاته فى خصوص اعلان للتاريخ المعين لاجراء الاثبات دون الميعاد والاخر المنصوص عليه فى المادة ٦٦ من قانون المرافعات الواردة ضمن الباب الثانى من الكتاب الاول المتعلق برفع الدعوى وقتها ، لما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن المحكمة حددت لحلف اليمين الحاسمة جلسة ١٩٨٥/٥/٦ وتم إعلان الطاعن بصيغة اليمين بتاريخ الجلسة المحددة لحلفها وتم ذلك الاعلان بتاريخ ١٩٨٥/٥/٢ مع مأمور القسم لخلق مسكنه وقت الاعلان وأرسل له المحضر خطابا مسجلا فى نفس التاريخ، فإن إعلان الطاعن بالجلسة المحددة لحلف اليمين يكون قد تم صحيحا وبمراعاة ميعاد الحضور الذى حدده القانون بما لا يلزم معه تحديد ميعاد آخر واعلانه مرة ثانية ، ويكون النعى على غير - أساس .

٣ - المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأحكام الصادرة بناء على اليمين الحاسمة لا يجوز الطعن فيها بأى طريق من طرق الطعن فى الأحكام متى كان توجيهها أو حلفها أو النكول عنها مطابقا للقانون ، وكان البين من الأوراق أن اليمين الحاسمة التى وجهتها المطعون عليها للطاعن قد وجهت فى واقعة غير مخالفة للنظام العام منسوبة على موضوع النزاع ومتعلقة بشخص من وجهت اليه وإن الطاعن نكل عن ادائها ، وكان الحكم المطعون فيه قد أعمل الأثر

(٤) حكم «تسبب الحكم» . محكمة الموضوع «سلطانها في تقدير الدليل» ، اثبات ، الاحالة الى التحقيق .

عدم التزام المحكمة بتعقب كل حجة للخصوم متى أقامت الحقيقة التي استخلصتها على ما يقيمهما . قيام هذه الحقيقة فيه الرد الضمني المسقط لكل حجة تخالفها . اغفالها طلب الاحالة الى التحقيق . جائز متى رأت من ظروف الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها .

١ - المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حق الانتجاع الى القضاء وان كان من الحقوق العامة التي تثبت للكافة الا انه لا يسوغ لمن يبشر هذا الحق الانحراف به عما شرع له واستعمله استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت مساءلته عن تعويض الأضرار التي تلحق الغير بسبب إساءة استعمال هذا الحق .

٢ - إستخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر هو مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ما دام هذا الاستخلاص سائفا ومستندا من عناصر تؤدي اليه من وقائع الدعوى .

٣ - إذ كان المشرع قد خص القضاء ، بأجراءات حددها التقرير بعدم صلاحيتهم وردهم وتنحياتهم ضمنها المواد من ١٤٦ - ١٦٥ من قانون المرافعات ، فإنه لم يخرج ، بذلك عن القاعدة العامة الى استنها لمساءلة من إنحرف عن استعمال حق التقاضي على النحو السالف ببلانه وهو ما أشار اليه حين نص في المادة ١٦٥ من ذات القانون على أنه «إذا رفع التقاضي دعوى تعويض على طالب الرد أو قدم ضده بلاغاً لجهة الاختصاص زالت صلاحيته للحكم في الدعوى وتعين عليه أن يتنحي عن نظرها مؤكداً بذلك

حق التقاضي الذي تقرر برده في أن يلجأ الى القضاء للحكم له على طالب الرد بالتعويض لما كان ذلك وكان البين من الحكم المستأنف المؤيد لاسبابه من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاؤه بالزام الطاعة بالتعويض المحكوم به على قوله أن الثابت للمحكمة من مطالعة سائر أوراق للدعوى وعلى الأخص الحكم الصادر في طلب الرد الرقيم والتقاضي برفض طلب الرد المقدم من المدعى عليها - الطاعة - في الدعوى المطروحة أنه تضمن في حيثياته أن الأسباب التي بنت عليها الطالبة الرد طلبها ليست من الأسباب الواردة بنص المادة ١٤٨ مرافعات . وتقيداً بقوة الأمر المقضي للحكم المذكور وأخذاً بما ثبت للمحكمة من باقى أوراق الدعوى فإنه يكون من الثابت لدى كمة أن المدعى عليها وهي تبشر حقها في طلب رد المدعى قد انحرفت عن السلوك المألوف للشخص العادي وانحرفت بهذا الحق عما وضع له واستعملته استعمالاً كيدياً ابتغاء مضارة المدعى الامر الذي يتوافر به الخطأ التقصيري في حقها وتساءل معه عما أصاب المدعى من اضرار مترتبة على هذا الخطأ وأى ضرر أفسى وأمر على نفس التقاضي أن تجعل المدعى عليها نزاهته وحيثته محل الشك من الخصوم وممته ومضغة في الإفواه وكان ما استند اليه هذا الحكم في إثبات الخطأ في جانب الطاعة وعلاقة السببية بينه وبين الضرر الذي أصاب المطعون عليه سائفا كافياً لحمل قضاؤه في هذا الخصوص ويؤدي الى ما انتهى اليه من مساءلة الطاعة عما أصاب المطعون عليه من جراء هذا الخطأ .

٤ - إذا أقامت المحكمة الحقيقة التي استخلصتها على ما يقيمها فإنها لا تكون بد

(١) أوجبت المادة ١٧٨ من قانون المرافعات أن يتضمن الحكم بيانات معينة من بينها «عرض مجمل لواقع الدعوى ثم طلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفعهم ودفاعهم الجوهري» إلا أنه يتعين لاعتبار هذا البيان جوهرياً يترتب على اغفاله البطالان أن يكون الحكم قد فصل في النزاع بوقائعه التي قدمت بصدها إلى بحث مدى توافر شروط معينة يوجبها القانون في الطالب المتداعي بشأنه فلا على المحكمة أن هي اغفلت إيراد أوجه دفاع الخصوم التي لا تتصل بقضائها طالما كان حكماً مسبباً تسببياً كافياً لتسوية ما حكمت به.

(٢) مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من قانون المرافعات والفقرة الأولى من المادة ١٥٢ من ذات القانون أن خصومة رد القاضى ذات طبيعة خاصة يتعين فيها على طالب الرد أن يقدم طلبه قبل إبداء أى دفع أو دفاع فى الخصوم الأصلية التى يطالب رد القاضى عن نظرها والفصل فيها . ما لم تكن الأسباب التى قام عليها طلبه قد حدثت بعد إبداء دفاعه أو حدثت قبله واستطاع أن يثبت أنه لم يعلم بها إلا عند تقديم الطلب فإذا لم يتحقق أى من هذين الاستثنائين وجب أعمال جزاء سقوط الحق فى طلب الرد، وتقدير توافرها من المسائل الموضوعية التى تخضع لسلطة قاضى الموضوع يستقيها من الواقع المطروح دون رقابة من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة تكفى لحمله.

(٣) ما دونه الحكم المطعون فيه بختام أسبابه من الأهمية بالمشروع إلى معالجة نصوص مواد القانون المتصلة برد القضاء لا بعد إفصاحاً عن عقيدة المحكمة ملغاً فى عدم جدية أطالب

ملازمة بمناقشة الوقائع التى نميبتها الطاعنة للمطعون عليه أو أن تتعقب كل حجة وترد عليها. إستقلاً لأن تمام هذه الحقيقة فيه الرد الضمنى المسقط لكل حجة تخالفها.

ولا على المحكمة إذ التفتت عن طلب الاحالة إلى التحقيق لعدم لزومها أن رأت عن ظروف الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها ويكون النعى برمته مقاماً على غير أساس.

(الطعن رقم ١٨٣ لسنة ٥٥ ق)

(٨)

جلسة ١٩٨٩/١/١٩

(١) حكم «بياناته» . بتسبيب الأحكام.

بيانات الحكم الجهرية . ما هيئها . اغفال المحكمة إيراد أوجه دفاع الخصوم التى لا تتصل بقضائها . لا بطلان م ١٧٨ مرافعات - شرط ذلك.

(٢ ، ٣) قضاء . رد القضاء . دعوى . محكمة الموضوع بمسائل الواقع.

(٢) طالب الرد . الأصل تقديمه قبل أى دفع أو دفاع وإلا سقط الحق فيه . م ١/١٥١ مرافعات . الاستثناء . أن تكون الأسباب التى قام عليها طلبه قد حدثت بعد إبداء طالب الرد لدفاعه أو حدثت قبله واستطاع أن يثبت أنه لم يعلم بها الا عند تقديم الطلب . م ١/١٥٢ مرافعات . محكمة الموضوع ملطتها فى تقدير توافر هذه الأسباب . شرطه.

(٣) إهابة المحكمة بالمشروع لى معالجة نصوص مواد القانون المتصلة برد القضاء . لا بعد إفصاحاً عن عقيدة المحكمة . شرط ذلك.

بينها. من سلطة محكمة الموضوع متى اقامت
قضاها على أسباب سائفة تكفي لحمله.

(الطعن رقم ٦٤٤ لسنة ٥٥ ق)

(١٠)

جلسة ١٩٨٩/١/٢٥

إثبات «قواعد الإثبات». نظام عام «المسائل
الغير متعلقة بالنظام العام».

قواعد الإثبات. عدم تعلقها بالنظام العام.
مؤاده. جواز الاتفاق على مخالفتها صراحة أو
ضمنًا. رضا المطعون عليه بحكم التحقيق
وتنفيذه. اعتباره نزولاً منه عنه في التمسك
بالدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة. اثره. عدم
جواز اثارة هذا الدفع أمام محكمة الاستئناف.

لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن
قواعد الإثبات ليست من النظام العام فيجوز
الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمنًا كما يجوز
لصاحب الحق في التمسك بها أن يتنازل عنها،
وكان الثابت في الدعوى أن المطعون عليه قد
ارتضى حكم الاحالة الى التحقيق الصادر من
محكمة اول درجة ونفذه باعلان شاهده ومباده
ولم يعترض عليه حتى الحكم في موضوع
الدعوى، فإن ذلك يعد نزولاً منه عن حقه في
التمسك بعدم جواز الإثبات بالبينة، فلا يجوز له
اثارة هذا الدفع أمام محكمة الاستئناف وإذ خالف
الحكم المطعون فيه هذا النظر يكون قد أخطأ في
تطبيق القانون.

(الطعن رقم ١٩٩٠ لسنة ٥٦ ق)

المطروح عليها طالما أن ما أشار اليه في هذا
الصند جاء من بعد قضائها الصحيح بمقوط
الحق في طلب الرد.

(الطعن رقم ١٣٨٩ لسنة ٥٣ ق)

(٩)

جلسة ١٩٨٩/١/٢٥

(١) ملكية أسباب كسب الملكية. الارث.
ارث. تسجيل. شهر عقارى. شفعة.

انتقال ملكية اعيان التركة من المورث الى
الوارث. عدم توقفه على شهر حق الارث م ١٣
ق تنظيم الشهر العقارى ١١٤ لسنة ١٩٤٦. علة
ذلك. جزاء عدم شهر ذلك الحق. منع شهر
تصرفات الوارث دون منع للتصرف. استناد
الحكم المطعون فيه فى القضاء بالشفعة الى
اكتساب الشفيع ملكية العثار المشفوع به بالتقدم
الطويل الذى اكتملت مدته قبل البيع. صحيح.

(٢) شفعة النزول عن الحق فى الشفعة.
محكمة الموضوع: فى الشفعة.

نظام النزول عن الحق فى الأخذ بالشفعة. جوازه
صراحة أو ضمنًا. مبدله. اتيان الشفيع بعد البيع
علانية أو اتيانه لموفقا يكشف عنه بوضوح.
استناد الشفعة الى النزول من سلطة محكمة
الموضوع متى تقرر على ما هو مستندا مما له اصل
بالإقرار.

(٣) محكمة الموضوع سلطتها فى فهم
الواقع. سلطتها فى تقدير الأدلة. اثبات
دعوى. نظر الدعوى.

تقدير الواقع وتفسير الأدلة والموازنة

(١١)

جلسة ١٩٨٩/١/٢٤

مقصودا من العبارات الواردة بالصحيفة دون رقابة من محكمة النقض متى أقام قضائه على أسباب سائغة تكفي لحمله.

٢ - مفاد نص المادة ١٤٦ من قانون الإثبات أن البطلان الذي صرح به النص إنما يترتب على اغفال الخبير دعوة الخصوم أمامه.

٣ - المقرر في قضاء هذه المحكمة أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى أو التأخير في تنفيذه يعتبر في ذاته خطأ يترتب مسؤوليته.

٤ - استخلاص ثبوت الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما هو من مسائل الواقع التي يقدرها قاضى الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض الا بالقدر الذى يكون فيه استخلاصه غير سائغ.

(الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٥٥ ق)

(١٢)

جلسة ١٩٨٩/١/٢٦

(١) دعوى سقوط الخصومة . استئناف . نقض . بنظر الطعن امام محكمة النقض : سقوط الخصومة .

سقوط الخصومة . ما هيته : م ١٣٤ مرافعات . مناط إعماله . إعمال المدعى أو تراخيه أو إمتناعه عن السير بالخصومة . نطاق مبرانه . الخصومة امام محكمة أول درجة ومحكمة الاستئناف . م ٢٤٠ مرافعات . عدم مبرانه على خصومة الطعن بالنقض . علة ذلك .

(٢) ملكية محظر تملك الاجانب العقارات المبنية والأراضى الفضاء .

حظر تملك الأجنبى - شخصا طبيعيا كان أو

(١) دعوى . التزام . التنفيذ بطريق التعويض . محكمة الموضوع .

الاعذار . ما هيته . الأصل فيه أن يكون بورقة رسمية من أوراق المحضرين . الاعلان بصحيفة دعوى التعويض . شرطه اعتباره إعدارا . إشتماله على تكليف المدين بالوفاء . محكمة الموضوع سلطتها في تقدير إشتمال هذه الصحيفة على هذا التكليف من عدمه . شرطه .

(٢) إثبات . خبرة .

إغفال الخبير دعوة الخصوم أمامه . أثره .

(٣ ، ٤) مسئولية مسئولية عقبية . محكمة الموضوع مسائل الواقع .

(٣) عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى . خطأ تقوم به مسئوليته .

(٤) محكمة الموضوع . سلطتها في استخلاص ثبوت الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما . شرطه .

١ - إعدار المدين هو وضعه قانونا في حالة المتأخر في تنفيذ التزامه ، والأصل في هذا الاعذار أن يكون بورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين الدائن فيها أنه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام . ومن ثم فلا يعد إعدارا - إعلانه بصحيفة دعوى التعويض لاخلال المدين بتنفيذ التزام من التزاماته إلا إذا أشتملت صحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام ، وتقدير إشتمال هذه الصحيفة على هذا التكليف من المسائل الموضوعية التى تخضع لسلطة قاضى الموضوع في أن يأخذ بالتفسير الذى يراه

المحكمة صراحة أو ضمنا برفض الطلب .
وسيلة تصحيح الحكم . الطعن فيه .

(٧) دعوى مسائل تعترض سير الخصومة :
وقف الدعوى .

الحكم بوقف السير في الدعوى . م ١٢٩
مرافعات . جوازى للمحكمة . مناطه . خروج
المسألة الاساسية عن اختصاص المحكمة
المتعلقة بالنظام العام .

(٨) تزوير «اثبات التزوير» . اثبات . محكمة
الموضوع .

إثبات صحة الورقة أو تزويرها جوازها بكافة
طرق الاثبات ومنها القرائن . محكمة الموضوع
سلطتها في القضاء بصحة الورقة استنادا اليها .
شرطه .

(٩) محكمة الموضوع «تقدير الدليل» .
«مسائل الواقع» . دعوى . حكم «تسبيب
الحكم» .

محكمة الموضوع سلطتها في فهم الواقع
وتقدير الأدلة شرطه . أن تقيم قضاءها على
أسباب سائغة تكفى لحمله . عدم التزامها بتتبع
أقوال وحجج الخصوم والرد عليها استقلالا .

(الطعن رقم ٣١١ لسنة ٥٢ ق ، ٢٦٢٤)
لسنة ٥٦ ق)

(١٣)

جلسة ١٩٨٩/١/٣٠

(١ ، ٢) مسئولية «مسئولية الناقل الجوى» .
معاهدات . نقل «نقل جوى» .

(١) مسئولية الناقل الجوى ، لا تنقضى ولا .

اعتباريا للعقارات المبنية أو الأراضي الفضاء في
مصر بأي سبب من أسباب كسب الملكية عدا
الميراث . م ١ ق ٨١ لسنة ١٩٧٦ . موافقة
مجلس الوزراء على تملك . غير المصرى .
حالته . م ٢ ق ٨١ لسنة ١٩٧٦ . أثره رفع هذا
الحظر .

(٣) بيع . ملكية «أسباب كسب الملكية»
«بطلان» .

إبرام المشتري الأجنبى لعقد ابتدائى ثم
صدور قرار مجلس الوزراء بالموافقة على تملكه
العقار المبيع من شأنه أن يحدث الأثر الفورى فى
إباحة اكتسابه ملكية العقار موضوع العقد مما
تستتبع إمكان تنفيذ البائع نقل ملكية العقار
المبيع - لا يسوغ للبائع التمسك فى هذه الحالة
ببطلان عقد البيع الابتدائى - علة ذلك .

(٤) حكم «عيوب الدليل» ما لا يعد قصورا .
نقض «سلطة محكمة الموضوع» .

إنهاء الحكم الى النتيجة الصحيحة . لا يعيبه
اشتمال الحكم على تقرير قانونى خاطئ .
لمحكمة النقص تصحيحه .

(٥) استئناف «الأثر الناقل للاستئناف» .

امبتئناف الحكم الصادر فى الطلب الاحتياطى .
أثره . اعتبار الطلب الاصلى مطروحا على
محكمة الاستئناف بقوة للقانون .

(٦) دعوى «اغفال الفصل فى بعض
الطلبات» . حكم «اغفال الفصل فى بعض
الطلبات» .

اغفال المحكمة الفصل فى طلب موضوعى .
مناطه . أن تكون المحكمة قد اغفلت الفصل فيه
اغفالا كلياً . أثره . بقاؤه محققا أمامها . قضاء

في أى مكان آخر عند الهبوط خارج المطار، وفي المادة ٢٠ على أن لا يكون الناقل مسئولاً إذا ثبت أنه وتابعين قد اتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادي الضرر أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها، يدل على أن مسؤولية الناقل الجوي لا تنقضى ولا تنتهي إلا بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه في ميناء الوصول أو المكان المتفق عليه ولا ترتفع مسؤوليته هذه إلا إذا ثبت أنه وتابعيه قد اتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادي الضرر أو أنه كان من المستحيل عليهم اتخاذها أو قام به أو لديه سبب آخر من أسباب الإغفاء طبقاً للقواعد العامة، ذلك أن البين من مطالعة

احكام هذه الاتفاقية في ضوء الأعمال التحضيرية لها سواء في مشروع باريس سنة ١٩٢٥ أو في "نسخة" ١٩٢٧ والمشاريع النهائية وما دار في لجنة الصياغة، أن مسؤولية الناقل الجوي مسئولية من نوع خاص لها أحكامها المتميزة تقررت للتوفيق بين مصالح متعارضة، مصالح شركات الطيران ومصالح الشاحنين، مسؤولية عمادها التزام الناقل بكفالة سلامة الشيء المنقول والمحافظة عليه أثناء فترة النقل الجوي حتى يتم تسليمها إلى المرسل إليه أو نائبه

القانوني، وباعتبار أنها تظل في حراسته بالمعنى القانوني في حكم المادة ١٨ مאלقة البيان أى تحت سيطرته الفعلية وفقرته على التصرف فيها أو في شأنها طوال فترة هذا النقل التي تشمل فترة وجود بضاعة داخل المخازن الجمركية حتى لو توقف عن ممارسة سيطرته العمالية عليها أو لم يمارسها هو بشخصه ظالماً بقيت له السيطرة القانونية ومن ثم فإن مسؤوليته عنها لا تنتهي بتسليمها إلى السلطات الجمركية وايداعها مخازنها إما كان مديرها أو المشرف عليها إذ لا تعتبر مصلحة الجمارك نائبة عن

تنتهى إلا بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه في ميناء الوصول أو المكان المتفق عليه، دفع هذه المسؤولية. شرطه إثبات الناقل وتابعيه اتخاذهم التدابير اللازمة لتفادي الضرر أو أنه كان من المستحيل عليهم اتخاذها أو قام به أو لديه سبب آخر من أسباب الإغفاء طبقاً للقواعد العامة. التسليم لمخازن الجمارك لا ينهى مسؤولية الناقل. المادتين ١٨، ٢٠ من اتفاقية فارموفيا المعدلة ببروتوكول لاهاى والتي وافقت مصر عليها. علة ذلك.

(٢) ايداع رسالة النزاع كاملة مخازن الجمارك، لا يعفى الناقل من مسؤوليته عن تقديم أو تلفها داخل تلك المخازن ولا يعتبر بذاته من قبيل القوة القاهرة. علة ذلك، خلو الأوراق مما يدل على إخطار الطاعنة (الناقلة) المرسل إليه بمجرد وصول البضاعة وعند ايداعها بالمخازن. بعد خطأ تسبب في بقاء الرسالة بمخازن الجمارك فترة طويلة مما عرضها للفقء. مؤدى ذلك فعل الغير المدعى به لا يعتبر السبب الوحيد للحادث الذى من شأنه إعفاء الناقلة من مسؤوليتها.

(١) النص في المادة ١٨ من اتفاقية فارموفيا الدولية المعدلة ببروتوكول لاهاى في ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٥٢ والتي وافقت مصر عليها بالقانونين ٥٩٣، ٦٤٤ لسنة ١٩٥٥ على أن يكون الناقل مسئولاً عن الضرر الذى يقع في حالة تحطيم أو ضياع أو تلف أمتعة مسجلة أو بضائع، إذا كانت الحادثة التي تولد منها للضرر قد وقعت خلال النقل الجوي، وأن النقل الجوي وفقاً لمحوى الشطرة السابقة يتضمن المدة التي تكون فيها الأمتعة أو البضائع في حراسة الناقل، سواء كان ذلك في مطار أو على متن طائرة أو

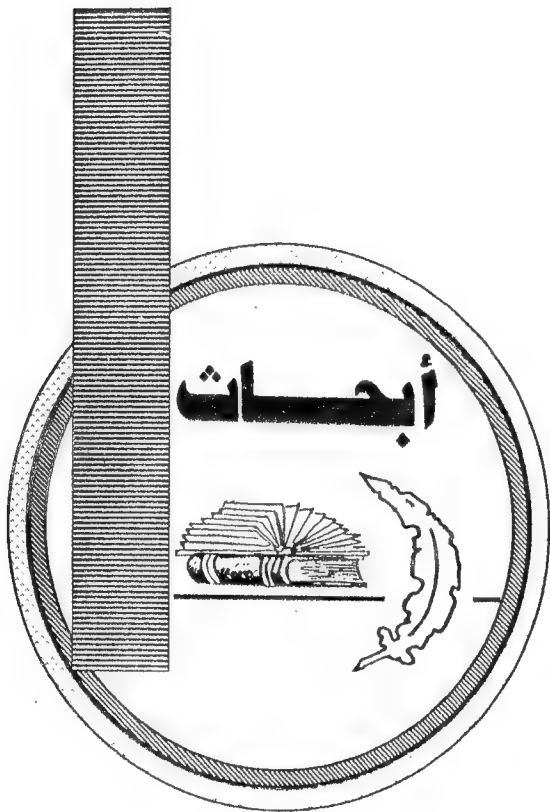
(٢) لما كان الثابت في الدعوى أن الطاعة وان كانت قد أودعت رسالة النزاع كاملة مخازن الجمارك إلا أن ذلك لا يعفيها من مسؤوليتها عن فقدانها داخل تلك المخازن بحسبان أنها ما زالت في حراستها القانونية ، وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة - أنه يشترط لاعتبار الحادث فترة فاصدة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه ، وكان توقع فقد البضاعة أو تلفها كلها أو بعضها داخل المخازن في الجمرک امراً متوقفاً ومألوفاً ومن ثم فإنه لا يعتبر بذاته من قبيل القوة القاهرة ولا يعفى الطاعة من مسؤوليتها عن فقد البضاعة كما أنه يشترط في فعل الغير كسبب للاعفاء من مسؤولية الناقل أن يكون هو السبب الوحيد للحادث، وما إذا كانت الأوراق قد خلت مما يدل على إخطار الطاعة المرسل اليه بمجرد وصول البضاعة عند إيداعها مخازن الجمارك في ١٩٧٦/٢/٢٤ مخالفة بذلك حكم المادة ٢/١٣ من الاتفاقية المذكورة وحتى تاريخ إصدارها إذن تسليم البضاعة الى المرسل اليه اى بعد أكثر من اربعة شهور وهو ما يعد منها خطأ تسبب في بقاء الرسالة بمخازن الجمرک تلك الفترة الطويلة مما عرضها للفقْد فإن فعل الغير المدعى به لا يعتبر السبب الوحيد للحادث الذي من شأنه إعفاء الطاعة من مسؤوليتها.

(الطعن رقم ١٥٣٧ لسنة ٥٢ ق)

المرسل اليه في استلام البضاعة وانما تتمثلها بناء على الحق المخول لها بالقانون ابتغاء تحقيق مصلحة خاصة بها هي استيفاء الرسوم المستحقة عليها ولذلك لا ينقض عقد النقل الجوي بهذا التسليم ولا تبرأ به ذمة الناقل قبل المرسل اليه الذي لا يستطيع استلام البضاعة الا بأمر واذن الناقل الجوي صاحب السيطرة القانونية عليها، يؤكد ذلك ما نصت عليه المادة الثانية من مشروع باريس سنة ١٩٢٥ من تحديد لفترة النقل الجوي بأنها تبدأ بدخول الركاب أو الامتعة أو البضائع مطار القيام وحتى لحظة الخروج من مطار الوصول ، وقد استقر ذلك التحديد في لجنة الخبراء وتضمنته المادة الخامسة من المشروع النهائي للاتفاقية، وما انتهى اليه كل من القضاء الفرنسي والبلجيكي من أن فترة النقل لا تنتهي الا بتسليم البضاعة الى المرسل اليه في مطار الوصول وتدخل فترة وجود البضاعة داخل المنطقة الجمركية في نطاق مسؤولية الناقل طبقاً للمادة ٢/١٨ من الاتفاقية ، وهو ما استقر عليه القضاء الأمريكي في ظل هذه الاتفاقية التي وافقت عليها الولايات المتحدة الأمريكية في ١٩٣٤/٧/٣١ وعلى بروتوكول لاهاي سنة ١٩٥٥ في ١٩٥٦/٦/٢٨ حيث خلص هذا القضاء الى الناقل يظل مسئولاً عن البضاعة التي تعهد بنقلها أثناء فترة النقل الى أن يتم تسليمها في مطار الوصول الى المرسل اليه حتى توقف عن ممارسة السيطرة المادية عليها .

الامانة هي الفصل الاول في كتاب الحكمة

« توماس جيلرسون »



الطبيعة القانونية للجان الطعن الضريبي

دكتور / أسامة الشناوي

المستشار بمحاكم الاستئناف ومساعد الدعي الاشتراكي

أنشأ المشرع لجاناً خاصة كانت تسمى «لجان التقدير» ثم أصبحت تسمى «لجان الطعن» للنظر في طعون الممولين في تقديرات مصلحة الضرائب وحدد اختصاصاتها وتشكيلها وطرق التقاضي أمامها. وسنتناول في هذا البحث لجان تقدير الضرائب أولاً ثم لجان الطعن الضريبي التي حلت محلها بعد الغائها من حيث تشكيلها وإختصاصاتها وإجراءات التقاضي أمامها ثم ننهي البحث بمحاولة تكييف ما يصدر عن هذه اللجان من أعمال وطبيعتها القانونية.

أولاً : لجان تقدير الضرائب:

إن القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بفرض ضريبة على إيرادات رأس المال وعلى الأرباح التجارية والصناعية وعلى كسب العمل، إذ كان عند تعرضه إلى قواعد تقدير أرباح الممول وإيراداته قرر - أول ما قرر - أن التقدير تتولاه اللجان، مورداً

إختصاص بذلك التقدير ولكن لها أن تتفق مع الممول قبل اللجوء إلى لجان التقدير وتحيل عليها جميع المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها لتقوم هذه اللجان بإجراء التقدير فيها بمالها من سلطة أصيلة كاملة في التقدير، مستأنسة بإقرارات الممول وبياناته وبملاحظات مصلحة الضرائب عليها ولكن غير مقيدة بشيء من ذلك، ولا بأي تقدير تكون المصلحة قد أجرتة، قبل الإحالة عليها بأصل الاتفاق مع الممول، ومن ثم كان للجان أن تقدر بما يزيد على تقدير المصلحة في هذه المسائل أو تنقص عنه حسبما يستبين لها من فحصها^(١).

ويبين مما تقدم الآتي:

١ - أن لجان التقدير هي الهيئة المختصة بالتقدير ابتداء لا هيئة تنظر في طعن في تقدير سابق تجزئته مصلحة الضرائب^(٢).

ذلك بنص مبين جاصر لما عناه مانع لما عده، وإذ قد أوجب عند الإحالة على اللجان لإحالة التقدير أن تقدم إليه كل إقرارات الممول وبياناته مع ملاحظات مصلحة عليها، دون أن ينص على موافقتها أيضاً بالتقدير الذي تكون المصلحة قد أجرتة قبل الإحالة، وإذ جعل تقدير اللجنة هو الأساس المؤقت للربط في حالة الشركات المساهمة، فإنه يكون قد بين بينا ظاهراً قاطعاً أن لجان تقدير الضرائب هي التي وكل إليها تحت رقابة المحاكم أمر إجراء التقدير الجزافي لأرباح الشركات غير المساهمة والأفراد، وأن ولاية اللجان في هذا الخصوص ولاية أصيلة ثابتة لها هي أولاً وبالذات تباشرها بوصف كونها الهيئة المختصة بالتقدير ابتداء، لا هيئة تنظر في طعن في تقدير سابق تجزئته مصلحة الضرائب، وأن هذه المصلحة ليس لها

لجنة إدارية - إلا أن انعقادها قبل اليوم الذي حددته للظفر في المادة وعلم به الطرفان، يجعل هذا الانعقاد باطلاً لمخالفته للأصول العامة حتى بالنسبة للهيئات الإدارية^(٨).

كما قضت محكمة النقض في هذا الخصوص أيضاً بأن مخالفة إجراءات اللجان الإدارية وإقراراتها للأصول العامة، وإنحرافها عن الأصول المقررة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - يجعل هذه القرارات باطلة، فإذا كانت لجنة التقدير لم تراعى ما أوجبه المادة ٥٢ من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ من إعلان الممول بالحضور أمامها قبل ميعاد انعقادها بخمسة أيام على الأقل، ورفضت طلب التأجيل الذي أبداه الممول، فإن قرارها بتقدير الأرباح يكون باطلاً ولو لم يرد بذلك نص في القانون للمذكور ودون حاجة إلى الاستناد في ذلك إلى قواعد قانون المرافعات وأحكامه، ذلك لأن لجنة التقدير وإن كانت لجنة إدارية إلا أن العيب الذي شاب إجراءاتها هو عيب جوهري يعنى أصلاً من الأصول التي حرص المشرع

في حين أن محكمة النقض رتبت البطلان حيث قضت في حكم آخر لها بأنه متى كان الحكم قد استظهر من ديباجة قرار لجنة التقدير أنها مكونة من أشخاص معينين، واستظهر من عجز القرار أن واحداً من هؤلاء الأعضاء لم يوقعه، ووقعه بدلاً منه شخص آخر ليس من أعضاء اللجنة المذكورين في ديباجة القرار، وكانت اللجنة لم تعتد إلا جلسة وحيدة على ما ذكره الحكم، فإنه تقريره أن العضو الذي اشترك في المداولة في القرار لم يشترك في إصداره، وأن الشخص الذي اشترك في إصداره لم يشترك في المداولة فيه - وما رتبته على ذلك من بطلان قرار اللجنة يكون في محله ومقابلاً على أسباب كافية لحمله^(٩).

٧ - عدم إختيار الممول للعضوين المرخص له باختيارهما، أو عدم حضورهما بعد إختيار الممول لهما، أو تخلف الممول عن الحضور، أو رفض اللجنة التأجيل لعذر أبداه الممول... كل هذا لا يترتب عليه أي بطلان لقرار اللجنة^(١٠).

٨ - لجنة التقدير وإن كانت

٢ - أن مصلحة الضرائب ليس لها اختصاص في التقدير ولكن لها أن تتفق مع الممول قبل اللجوء إلى لجان التقدير. وتحيل إليها المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها.

٣ - عند الإحالة إلى اللجان الخاصة بالتقدير يجب أن يقدم إلى اللجان كل إقرارات الممول وبياناته مع ملاحظات المصلحة فقط، دون موافاتها بالتقدير الذي تكون المصلحة قد أجزته قبل الإحالة.

٤ - لجان التقدير لا تتقيد بتقدير مأمورية الضرائب ولا بإقرار الممول، ولها أن تزيد عليه كما لها أن تنقص منه^(١١).

٥ - لجان التقدير لا تفصل في خصومة أسوة بالمحاكم، ومن ثم فلا يبطّل قرارها أن يكون من أعضائها موظفين من مصلحة الضرائب سبق لهم إبداء الرأي في حالة أطول التي كانت محللاً لنظرها^(١٢).

٦ - لجنة تقدير الضرائب ليست هيئة قضائية تفصل في خصومة وإنما هي هيئة إدارية، ومن ثم إذا اشترك في إصدار قرارها عضو لم يسبق له أن حضر جلسة سمعت فيها أقوال الممول فلا بطلان في هذا القرار^(١٣).

ممن يدفعون ضرائب مباشرة لا يقل مجموعها عن عشرة جنيهات في السنة . ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحا الا إذا حضره ثلاثة من أعضائها منهم الرئيس .

وقد جاء بالمتكررة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٢ بخصوص لجان الطعن الضريبي الآتي:

نصت المادة ٥٠ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ . المعدلة بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ على تأليف لجان الطعن من قاضى يندبه وزير العدل بالاتفاق مع وزير المالية رئيسا - ومن عضوين من موظفي مصلحة الضرائب . يختارهما وزير المالية . ويجوز بناء على طلب الممول ، أن يضم اليهما عضوان يختارهما من بين التجار أو رجال الصناعة أو الممولين المدرجة اسمائهم فى كشف يصدره وزير المالية فى أول كل سنة .

وكان النص قبل صدور القانون رقم ١٤٦ سنة ١٩٥٠ يقضى بتأليف لجان التقدير من ثلاثة من موظفي الحكومة يضم اليهم ، بناء على طلب

الطعن من قاضى يندبه وزير العدل بالاتفاق مع وزير المالية رئيسا ، ومن عضوين من موظفي مصلحة الضرائب يختارهما وزير المالية ، ويجوز بناء على طلب الممول أن يضم اليهم عضوين يختارهما من بين التجار ورجال الصناعة أو الممولين المدرجة اسمائهم فى كشف يصدره وزير المالية فى أول سنة .

ولا يكون صحيحا الا إذا حضره ثلاثة من أعضائها منهم الرئيس ، وتكون مداولاتها سرية - وتصدر قراراتها بمسبة بأغلبية الأصوات .

٣ - ثم عدلت تلك المادة ثانية بالمرسوم بقانون رقم ٩٧ سنة ١٩٥٢ المعمول به من أول يولية سنة ١٩٥٢ على الوجه الآتي:

تشكل لجنة الطعن من ثلاثة من موظفي مصلحة الضرائب يعينون بقرار من وزير المالية والاقتصاد ويجوز بناء على الممول أن يضم اليهم عضوان يختارهما الممول من بين التجار ورجال الصناعة أو الممولين ويشترط فى كل عضو مختار أن يكون

فى القانون المشار اليه . على توفيره وصيانتته للممولين وهو حق الدفاع^(١) .

تلك هي سمات لجان التقدير التي كانت بمثابة هيئات إدارية فقط ، وجهات للتقدير ابتداء ، إلا أن تلك اللجان لغيت وحل محلها لجان الطعن الضريبي والتي سنحدد سماتها وملاحها فى الآتي:

ثانيا : لجان الطعن الضريبي :
أ - تشكيل لجان الطعن الضريبي :

تغير تشكيل لجان الطعن الضريبي أكثر من مرة بقوانين متلاحقة :

١ - فى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ نصت المادة ٥٠ على أن تتولى إجراءات التقدير لجان مؤلفة من ثلاثة أعضاء من موظفي الحكومة يضم اليها بناء على طلب الممول - إذا شاء - عضوان من التجار أو رجال الصناعة أو من الممولين الذين يدفعون ضرائب لا يقل مجموعها عن خمسة جنيهات يختارهما الممول نفسه .

٢ - ثم عدلت تلك المادة بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ وأصبحت تشكل لجنة

الممول إذا شاء عضوان من التجار أو رجال الصناعة أو الممولين الذين يدفعون ضرائب لا يقل مجموعها عن خمسة جنيهات يختارهما الممول نفسه.

ولقد كان الغرض من تعديل المادة ٥٠ بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ على الوجه المتقدم ذكره إدخال العنصر القضائي في أعمال اللجنة مع تعديل اختصاصها من ناحيتين، الأولى: ترك الولاية في التقدير لمصلحة الضرائب مع قصر اختصاص لجان الطعن على نواحي النزاع التي تنشأ بين مصلحة الضرائب والممولين واقتضى ذلك اعتبارها لجان طعن بعد أن كانت لجان تقدير، والثانية: توسيع اختصاص لجان الطعن بحيث يشمل أوجه الخلاف بكافة أنواعه بين المصلحة ومساكن الممولين، وزاد اختصاصها اتساعاً فشمّل النظر في الخلافات الخاصة بالضريبة العامة على الأيراد ورسم الأولولة على التركات وضريبة المهن غير التجارية.

ولقد قام اللّظن أن هذا التعديل يجعل من اللجان درجة من درجات التقاضي، بحيث

تعتبر المحكمة الابتدائية درجة استئنافية للجان الطعن، فاقترح تعديل لحكام القانون بتحريم استئناف أحكام المحاكم الابتدائية - إلا إذا كانت تقديرات مصلحة الضرائب السنوية المطعون فيها تجاوز ألف جنيه، وصدر بالفعل هذا التعديل ضمن نصوص القانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٥١، ومع أن المشرع كان يهدف من وراء إسناد الرئاسة في اللجان للقاضي، إلا تكون مصلحة الضرائب خصماً وحكماً، إلا أن الهدف لم يتحقق من الوجهة العملية، لأن قرارات اللجنة تصدر بأغلبية الآراء لوجود عضوين من موظفي المصلحة لهما نفس ما للقاضي من الحقوق، إذا ما اجمع رأيهما على رأي يخالف رأي القاضي، ويكون الأمر أشد من ذلك لو انضم العضوان المختاران إليهما.

لذلك روى بالاتفاق مع وزارة العدل تعديل القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠، والقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٥١، فيما تضمننا من تشكيل لجان الطعون واختصاصاتها، وأن يتضمن التعديل اعتبار هذه اللجان

لجان إدارية تؤلف من رجال الإدارة المالية ذاتها مع من يعاونهم من أهل الخبرة من رجال الصناعة والتجارة أو الممولين لتتولى النظر في أوجه الخلاف، والمأمورية، حتى إذا صدر قرار اللجنة اتخذ أساساً لربط الضريبة - على أن يكون مرحلة تقاضي - بل يجب أن تكون مرحلة إعادة نظر في الخلاف قبل الاتجاه إلى مساحة القضاء ويرى التعديل أن تزاوّل اللجان الجيدة التي تؤلف من موظفين متخصصين في أعمال الضرائب لهم خبرة خاصة ومران واسع في جميع الأعمال التي تزاولها لجان الطعن الحالية مع توفير الضمانات الكافية في اختيار رؤساء اللجان وأعضائها بالنص على أن يكون تعيينهم بقرار من وزير المالية.

٤ - ثم تعدل هذا النص للمرة الثالثة بالقانون رقم ٢٥٣ لسنة ١٩٥٣ فصار على الوجه الآتي: تشكل لجنة الطعن من ثلاثة من موظفي مصلحة الضرائب - يعينون بقرار من وزير المالية والاقتصاد - ويكون من بينهم الرئيس -

ويجوز بناء على طلب الممول أن يضم اليهم عضوان يختارهما الممول بين التجار ورجال الصناعة أو الممولين. ويشترط في العضو المختار أن يكون ممن يؤدون ضرائب مباشرة لا يقل مجموعها عن عشرة جنيهات في السنة.

ولوزير المالية والاقتصاد تعيين أعضاء احتياطيين من موظفي الضرائب في البلاد التي بها لجنة واحدة.

ويعتبر الأعضاء الاصليون أعضاء احتياطيين بالنسبة إلى اللجان الأخرى في البلاد التي بها أكثر من لجنة.

ويكون نديهم بدلا من الأعضاء الاصليين المتخلفين من اختصاص رئيس اللجنة الأصلية - أو اقدم أعضائها عند غيابه وتكون الرئاسة في هذه الحالة لأقدم الأعضاء الثلاثة.

ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحا إلا إذا حضره أعضاؤها الموظفون ويتولى الأعمال الكتابية في اللجنة موظف تنديه مصلحة الضرائب.

وقد جاءت بالمذكورة

الايضاحية لهذا القانون (٢٥٣ لسنة ١٩٥٣) أنه: منظرنا إلى أن المادة ٥٠ قصرت الحق المخول لوزير المالية والاقتصاد على تعيين الأعضاء الاصليين للجان الطعن دون الاحتياطيين - وعلى تحديد مقر اللجان دون اختصاصها المكاني.

لهذا فقد رؤى تعديلها وذلك بالنص على اعتبار الأعضاء الاصليين أعضاء احتياطيين بالجهات التي بها أكثر من لجنة واحدة، وذلك لأن تعيين الأعضاء الاحتياطيين من بين مأموري الضرائب يؤدي إلى عدم تفرغهم لأعمالهم الأصلية مما يترتب عليه أضعاف القوة الانتاجية بالمأموريات.

كما أجاز لوزير المالية والاقتصاد تعيين الأعضاء الاحتياطيين بالجهات التي بها لجنة واحدة - وكذلك تحديد الاختصاص المكاني للجان.

ونظرا إلى أن صالح العمل قد يقتضى سرعة تعديل الاختصاص المكاني لبعض اللجان كأن يكون بها حالات كثيرة يعكس الحال في غيرها الأمر الذي يتطلب وقف الاحالة على الأولى واختصاص الأخرى بها تحقيقا

للتوازن في العمل بينها.

ولما كان انتقال لجنة من مكان إلى آخر يستلزم استصدار قرار وزارى مع ما يقتضيه من اجراءات ووقت، لذلك أجاز لوزير المالية والاقتصاد ائابة غيره في تحديد مقر اللجان وتعيين اختصاصها المكاني تمشيا مع السرعة المرجوة.

٥ - وقد صدر أخيرا القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ ونص في المادة ١٥٨ منه على أن تشكل لجنة الطعن من ثلاثة من موظفي مصلحة الضرائب يعينون بقرار من وزير المالية - ويكون من بينهم الرئيس - ويجوز بناء على طلب الممول أن يضم اليهم عضوان يختارهما الممول من بين التجار أو رجال الصناعة أو الممولين.

ويشترط في العضو المختار أن يكون ممن يؤدون ضرائب مباشرة لا يقل مجموعها عن مائة جنيه في السنة - ولوزير المالية تعيين أعضاء احتياطيين من موظفي مصلحة الضرائب في البلاد التي بها لجنة واحدة.

ويعتبر الأعضاء الاصليون

اعضاء احتياطيين بالنسبة الى اللجان الاخرى فى البلاد التى بها أكثر من لجنة.

ويكون نديهم بدلا من الاعضاء الاصليين المتخلفين من اختصاص رئيس اللجنة الاصلية أو اقدم اعضائها عند غيابه وتكون الرئاسة فى هذه الحالة لاقدم الاعضاء الثلاثة.

ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحا الا إذا حضره اعضاؤها الموظفون ويتولى الاعمال الكتابية فى اللجنة موظف تنبسه مصلحة الضرائب.

ويسمى بقرار من وزير المالية أو من ينيبه مقام اللجان واختصاصها المكاتب.

هذا هو ما استقر عليه تشكيل لجان الطعن الضريبي حاليا والمعمول به بمقتضى المادة ١٥٨ من القانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١.

وطبقا للنص السابق تشكل لجنة الطعن من اعضاء اصليين واعضاء مختارين.

أولا: الاعضاء الاصليون:

تتكون لجنة الطعن الضريبي من ثلاثة اعضاء اصليين - من موظفى مصلحة الضرائب يعينون بقرار من

وزير المالية - ويكون من بينهم الرئيس.

واشترط تعيين الاعضاء الاصليين بقرار من وزير المالية يقصد به توفير الضمانات فى اختيارهم، واستقلالهم عن مصلحة الضرائب ، حتى تنهأ لهم حرية ابداء الرأى فيما ينظرونه من مسائل دون التقيد بما تصدره المصلحة من تعليمات تفسيرية وكتب دورية^(١).

وكان رئيس اللجنة قبالا وفقا للقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٥٠ يعين من بين القضاة ويندبه وزير العدل بالاتفاق مع وزير المالية الا أن هذا النعى بعد أن وجهت اليه من الانتقادات ما سبق أن ذكرناه آنفا، ومنها أن اسناد اعمال اللجنة الى رجال مصلحة الضرائب اقرب الى طبائع الأشياء.. كما أن رأى رجال مصلحة الضرائب قد يتقلب على رأى القاضى فى التصويت.

وينتقد البعض اسناد الرئاسة الى احد موظفى مصلحة الضرائب لأن من شأنه أن يجعل هذا الرئيس يدافع عن وجهة نظر

المصلحة خاصة وأنه يلعب دورا رئيسيا فى اعداد رأى اللجنة وأن صوته يرجع عند تصوى الأصوات ، ويجمع بين صفتى الخصم والحكم فى نفس الوقت مما يبعد الثقة عن نفوس الممولين^(٢).

إلا أن هذا الانتقاد الموجه الى تشكيل اللجنة مردود عليه بأن حجة الغاء رئاسة اللجنة بمعرفة قاضى كانت هى أن رجال مصلحة الضرائب اقرب الى طبائع الأشياء - ولن يكون الرئيس هنا حكما وخصما فى آن واحد..، ذلك أنه يتمتع على من كان طرفا فى الخصم والتقدير لأعمال الممول - أن يكون عضوا فى لجنة الطعن - ومن ثم فإن لجنة الطعن مهمتها الفصل فى النزاع بين الممول والمصلحة . ولا تتكلم باسم احد الطرفين بل تخصص اسباب الخلاف وتصدر قرارها.

وليس لرئيس اللجنة أن يغير هيئة اللجنة بأسرها - لأن ذلك ينطوى على اعطائه سلطة تخية اعضاء اللجنة الأمر الذى لا يملكه الا وزير المالية ... وتقتصر سلطة الرئيس على نذب العضو

الا أن عدم استعمال الممول لتلك الرخصة المخولة له باختیار هذين العضوين لا يترتب عليه بطلان تشكيل لجنة الطعن^(١٦).

ويجب على الممول أن يعين العضوين المختارين قبل انعقاد الجلسة المحددة لنظر الطعن أمام اللجنة بخمسة أيام على الأقل... عملاً بالتعليمات الصادرة من وزير المالية وذلك لكي يكون لدى رئيس اللجنة وقت كاف للتحقق من استيفاء العضوين للشروط اللازمة لصحة عضويتهم.

ويشترط في العضوين المختارين الآتي:

أولاً : أن يكونا من التجار أو رجال الصناعة أو من الممولين الذين يدفعون ضرائب مباشرة لا نقل عن مائة جنيه سنوياً. ولم يحدد القانون نوع الضرائب مباشرة.

ثانياً : يلزم أن يتوافر في العضو المختار فضلاً عن النصاب المالي أن يكون متمتعاً بالأهلية المدنية الكاملة وأن يكون محمود السيرة، حسن السمعة، والا يكون قد حكم عليه لأمر مخل بالشرف^(١٧).

اختصاص قضائي - فلإن القواعد العامة للمرافعات تكون واجبة الاتباع لأن مرمى هذه القواعد هو تطبيق وتوطيد العدالة والسير بالحق المتنازع فيه من وجهته السليمة - ولا يستقيم بدونها قضاء (بهذا أفتى مجلس الدولة)^(١٢).

ثانياً : الأعضاء المختارون

يسمح القانون للممول - بناء على طلبه - أن يضم إلى لجنة الطعن عضوين يختارهما من بين التجار أو رجال الصناعة أو للممولين أى أن ضم هذين العضوين ليس اجبارياً.

بشرط أن يكون العضو المختار ممن يؤنون ضرائب مباشرة لا يقل مجموعها عن مائة جنيه في السنة.

والحكمة من ترك الاختيار للممول لهذين العضوين هي أن يطمئن إلى أنه يوجد ضمن أعضاء اللجنة من يفهم حالته - طالما أنه لا يضيره اطلاع هذين للعضوين على سر عمله^(١٤). وقد يرى للممول أن الأعضاء الحكوميين ليس لديهم المام كاف بالأمور الفنية للصناعة أو التجارة التي يباشرها^(١٥).

الاحتياطي بدلا من العضو الأصلي المتخالف^(١٦).

ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحاً إلا إذا حضره أعضاؤها الموظفون، ويطبق عليهم عند رددهم القواعد الخاصة برد القضية المقررة في قانون المرافعات. وذلك لأن لجنة الطعن لجنة إدارية ذات اختصاص قضائي إذ أن عملها هو حسم ما يثور من نزاع بين الممول والمصلحة بعد صدور قرار المأمورية بربط الضريبة على الأساس الذي ارتأت المصلحة والخلاف الذي تنظر فيه اللجنة على هذا التحديد ليس مجرد تحديد لرقم الربح بل قد يكون متعلقاً بأساس التقدير - أو بغيره من أحكام قوانين الضرائب - الأمر الذي يصبح معه القول بأن اللجنة تكون بصدد نزاع حقيقي بين الممول والمصلحة - ومن جهة أخرى فإن تكوين اللجنة ذاته يسمح بالقول بأن أعمالها ذات طبيعة قضائية إذ هي لا تتكلم باسم أحد الطرفين بل تفحص أسباب الخلاف وتصدر قرارها بعد البحث والنقاش والتحرى على أساس ما قامت به من فحص. وما دامت اللجنة ذات

تسمع دفاعه يكون قرارها باطلا ولا تثيريب عليها إن هي اصدرت قرارها في غيبة الممول أو وكيله إذا كانت قد اعلنته قائلونا ... ولا يقال أن البطلان يجب أن يكون به نص في قانون الضرائب .. لأن هذا مردود عليه بأن قانون الضرائب إن كان لم يشتمل على أحكام تفصيلية لاجراءات الطعون الضريبية إلا أن هذا ليس معناه أن الأمر يجرى بغير اصول وضوابط ... بل يجب استلزام هذه الأصول والضوابط في كنف قاعدة اساسية كالية تصدر عنها وتمسقى منها الجزئيات وهي تحقيق الضمان وتوفير الاطمئنان للممولين .. ومن ثم فإن أى اخلال بالضمانات الواجب تحقيقها للممولين يجب أن يكون جزاؤها الحكم بالبطلان^(١٩).

(٢) ويجوز أن يحضر أمام لجان الطعن بالاشخاص المعقّدة اسمائهم بالسجل العام للمحاسبين والمراجعين ولم تشترط م ٢٦ مكرر من ق ١٣٣ لسنة ١٩٥١ الخاص بمزاولة مهنة المحاسبة والمراجعة المضافة بالقانون رقم ٣٩٢ لسنة ١٩٥٥ -

شرطا لصحة انعقاد اللجنة - إذا أن القانون اشترط لصحة انعقاد اللجنة حضور اعضائها المولطين فقط... وأخذت محكمة النقض بهذا المعنى فحكمت بأنه لا يترتب أى بطلان على تخلف العضوين المختارين عن الحضور في الميعاد المحدد لانعقاد اللجنة.

ب - إجراءات نظر الطعن أمام لجنة الطعن الضريبي:

نصت المادة ١٥٩ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ على أن فخطر اللجنة كلا من الممول والمصلحة بميعاد الجلسة قبل انعقادها بعشرة ايام على الأقل - . وذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول - ولها أن تطلب من كل من المصلحة والممول تقديم ما تراه ضروريا من البيانات والأوراق - وعلى الممول الحضور أمام اللجنة لما بنفسه أو بوكيل عنه - والا اعتبر طعنه كأن لم يكن ما لم يبدعذرا قبله للجنة^(١٨).

ويبين من ذلك النص ما يأتي:

(١) إذا لم تعلن اللجنة الممول .. ونظرت التظلم في غير حضوره .. ودون أن

إذا تبين لرئيس اللجنة عدم توافر شروط العضوية في العضو المختار فله أن يرفض ضمه إلى اللجنة ... وأن يكلف الممول اختيار بديل له.

ولا يلزم القانون مصلحة الضرائب - أو لجنة الطعن بتبنيه الممول الى الرخصة المخولة له في اختيار العضوين ولكن إذا استعمل الممول تلك الرخصة واختار العضوين أصبح لهما ما للأعضاء الحكوميين الآخرين من حقوق ، ويتعين على رئيس اللجنة أن يخطرهما بموعد ومكان انعقاد اية جلسة من جلسات اللجنة.

ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحا الا بدعوة جميع الأعضاء الاصليين والمختارين للحضور ... ويجب أن يشترك العضوان المختاران في المداولات وأن يكون لهما رأى معهود في اصدار القرارات - ولا يعد رأيهما استشاريا إذ أن اعضاء اللجنة جميعهم سواء ليس لأحدهم ميزة تميزه على الآخر في الرأى.

على أن عدم حضور العضوين المختارين جلسات اللجنة رغم دعوتها لا يعتبر

لحضورهم أن يقدموا توكيلا موثقاً طبقاً لقانون المحاماة^(٢٠) ... ولكن يشترط وجود توكيل خاص لمن يمثل الممول أمام لجنة الطعن^(٢١).

(٣) اغفال توقيع كاتب الجلسة على نسخة الحكم الأصلية - لا يترتب عليه بطلانها ما دامت موقعة من رئيس الجلسة^(٢٢).

(٤) يجب أن يكون إعلان قرارات لجان الطعن الضريبي بكتاب موصى عليه بعلم الوصول... وذلك لضمان وصول الإعلان للممول وإن يكون علم الوصول هو سبيل إثباته عند الإنكار وبحيث إذا لم يعلن الممول بهذا الطريق الذي رسمه القانون يفترض عدم علمه بالقرار. ويفتح ميعاد الطعن بهذا الإعلان^(٢٣) والتأشير على القرار بأنه ارسل للمأمورية في تاريخ معين لا يبدأ به مريان الميعاد^(٢٤).

(٥) وقد نصت المادة ١٥٧ من القانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١ على أنه مع عدم الإخلال بحكم المادة ٧٢ من هذا القانون يكون للممول خلال ثلاثين يوماً من تاريخ اختطاره بربط الضريبة في

الأحوال المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة ٤١ والمواد ٨٦، ١٠٦ - والفقرة ٢ من المادة ١٢٥ من هذا القانون أو من تاريخ توقيع الحجز عليه في الأحوال المنصوص عليها في الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة ١٤٩ من هذا القانون - أن يطعن في الربط - فإذا انقضى هذا الميعاد دون طعن أصبح الربط نهائياً.

ويرفع الطعن بصحيفة من ثلاث صور يودعها الممول للمأمورية المختصة وتسلم أحداها للممول مؤشراً عليها من المأمورية بتاريخ تقديمها - وتثبت المأمورية ملخص الصحيفة في دفتر خاص - وتعد كذلك ملخصاً بالخلاف مع بيان أساس تقدير المصلحة للأرباح وعناصر ربط الضريبة.

وعلى المأمورية خلال مئتين يوماً من تاريخ تقديم صحيفة الطعن أن ترسلها إلى لجنة الطعن مشفوعة بملخص الخلاف والاقترارات المستندات المتعلقة به وإن تخطر الممول بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بعرض الخلاف على لجنة الطعن.

فإذا انقضى الميعاد المذكور ولم يخطر الممول بذلك كان له أن يعرض الأمر كتابة على رئيس اللجنة مباشرة أو بخطاب موصى عليه بعلم الوصول - وعلى رئيس اللجنة خلال عشرة أيام من تاريخ عرض الأمر عليه - أو وصول خطاب الممول إليه أن يطلب من المأمورية إحالة الخلاف إلى اللجنة خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر والا جاز له أن يصدر قراراً بتغريم المأمورية المختصة بمبلغ عشرة جنيهات على الأقل - وأخطار رئيس المصلحة لمساءلة رئيس المأمورية إدارياً.

ويستفيد الشريك الذي لم يعترض أو يطعن من اعتراض أو طعن شريكه.

ويجوز للجنة عند رفض الطعن إلزام الطاعن بغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد على خمسين جنيهات.

وقد نصت الاجراءات والقواعد التي تتبع أمام لجان الطعن على أنه تتبع بقدر المستطاع قواعد قانون المرافعات الخاصة باستجواب الخصوم والانتقال لمحل النزاع وسماع الشهود وتعيين

وقد لخصت التعليمات رقم (١) والمنشورة في الوقائع المصرية رقم ١٢١ فـسـى ١٩٥٠/١٢/٢٥ الاجراءات والقواعد التي تتبع امام لجان الطعن في تقديرات مأموريات الضرائب في الآتي:

١ - تعد في كل لجنة طعن سجلات تفيد فيها الطعون بأرقام متسلسلة حسب تواريخ ورودها ويبين بها سنوات الخلاف وتقديرات المأمورية وتاريخ أول جلسة وتاريخ الجلسة التي صدر فيها القرار ونصه وتاريخ اعلانه - وتعد أيضا في كل لجنة سجلات للقضايا المعروضة في كل جلسة ويعمل لكل طعن ملف يحمل الرقم المتسلسل السابق ذكره.

٢ - يعين الممول العضوين الاختياريين قبل تاريخ انعقاد الجلسة المحددة لنظر الطعن بخطاب موسى عليه مع علم الوصول.

٣ - يخطر رئيس اللجنة هذين العضوين قبل تاريخ انعقاد الجلسة المحددة لنظر الطعن بخطاب موسى عليه مع علم الوصول.

والممول الطعن في قرار اللجنة امام المحكمة الابتدائية منعقدة بهيئة تجارية خلال شهر .. ويجوز استئناف الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية في هذا الشأن ... ومفاد ذلك أن القانون قد كفل بيان اجراءات الربط والاضطرابات المتعلقة بها وجعل الاختصاص في جميع أوجه الخلاف التي قد تنشأ عنها بين مصلحة الضرائب والممول الى لجان الطعن ومن بعدهما الى المحكمة الابتدائية .. وإذا كانت لجنة الطعن جهة إدارية - إلا أن ذلك القانون قد أسبغ عليها ولاية القضاء في كل ما يحدث من خلاف في التقدير أو في النواحي القانونية سواء أكانت ذات صلة بالتقدير أم كانت قانونية بحته ... ولذلك فقد حكم القضاء الاستئنافي بعدم اختصاص المحكمة الابتدائية بالحكم ابتداء ببطلان اجراءات ربط الضريبة استنادا الى أن الأمر في ذلك هو من اختصاص لجنة الطعن ابتداء .. فلن لم يرتض أحد الطرفين قرارها كان له أن يطعن عليه أمام المحكمة الابتدائية المنعقدة بهيئة تجارية^(٢١).

اهل الخبرة.. وذلك عند عدم وجود نص مخالف في القوانين واللوائح الضريبية م ١٦٠/٢ من ق ١٥٧ لسنة ١٩٨١.

(٦) ونصت المادة ١٦٠/١ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ على أن تكون جلسات اللجنة سرية وتصدر قراراتها مسببة بأغلبية الاصوات وفي حالة تساوى اصوات الحاضرين يرجح الجانب الذي منه الرئيس. ويوقع القرارات كل من الرئيس وامين السر خلال اسبوعين على الأكثر من تاريخ صدورهما.

(٧) لا يجوز تخطي لجنة الطعن برفع الدعوى الضريبية رأساً أمام القضاء^(٢٥) فقد أبان القانون الاجراءات التي يجب اتباعها في شأن ربط الضريبة على الممولين - ومن بينها الاخطار بالنموذج ١٨، ١٩ ضرائب والحالات التي يرسل فيها الاخطار - كما نصت المادة ١٥٩ من القانون ١٥٧ لسنة ١٩٨١ على اختصاص لجان الطعن بالفصل في جميع أوجه الخلاف الناشئة بين المصلحة والممول .. وإن لكل من مصلحة الضرائب

وتصدر اللجنة قرارها في حدود تقدير المصلحة وطلبات الممول - ويعدل ريسم الضريبة وفقا لقرار اللجنة .. فإذا لم تكن الضريبة قد حصلت فيكون تحصيلها على مقتضى هذا القرار.

ويبين من النص المتقدم الآتي:

أولاً - أن اللجنة تختص بالفصل في جميع أوجه الخلاف بين الممول والمصلحة.. سواء تعلقت تلك الخلافات بمسائل قانونية أم بتحديد مقدار الأرباح الخاضعة للضريبة وهي مسائل واقعة.

ووضوح النص بذلك الطريقة ازال الخلاف الذي كان قائما بين رأى كان يرى أن مهمة اللجنة هي مجرد تحديد الأرباح .. وهي عملية ارقام وليس لها للتعرض للمسائل القانونية إذ أن ذلك متروك للقضاء لكي يفصل في الدفوع القانونية استنادا الى أنه قد يستعصى على اللجنة حل المسائل القانونية بسبب طبيعة تكوينها^(٢٧).

ورأى آخر يرى أن اللجنة تختص بالفصل في النزاع الذي يعرض عليها كاملا بلا

توافي مصلحة الضرائب بصورتين من القرار بأسبابه وقت اعلانه وللممول الحق في استلام صورة رسمية من القرار بدون رسم.

١١ - تخفظ ملفات الطعون في قلم كتاب اللجان نفسها^(٢٨).

والتدقيق المتقدم في الاجراءات المتبعة امام اللجان واتباع قواعد العدالة وما ورد مذكرا في قانون المرافعات لمن اكبر الضمانات للمتقاضين امام تلك اللجان

(٨) الاحالة على لجنة الطعن الضريبي ينقطع بها التقادم.. وكذلك ينقطع التقادم بالتبني على الممول باداء الضريبة.. وذلك علاوة على اسباب قطع التقادم المنصوص عليها في القانون المدني^(٢٨).

(ج) اختصاص لجنة الطعن الضريبي:

نصت المادة ١٥٩ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ على أن تختص لجان الطعن بالفصل في جميع أوجه الخلاف بين الممول والمصلحة في المنازعات المتعلقة بالضرائب المنصوص عليها في هذا القانون^(٢٩).

٤ - يكون تحديد الجلسات التي تنظر فيها الطعن بمعرفة رؤساء اللجان مع مراعاة كل حالة وظروف استجالتها.

٥ - للممول أو الوكيل والمصلحة الاطلاع على ملف الطعن بمقر قلم كتاب اللجنة قبل الجلسة بوقت كاف ويوقع المطع بما يفيد ذلك.

٦ - تتبع بقدر المستطاع قواعد قانون المرافعات الخاصة باستجواب الخصوم والانتقال لمحل النزاع وسماع الشهود - وتعيين آل الخبرة وذلك عند عدم وجود نص مخالف في القوانين واللوائح الضرائبية مع ملاحظة عدم جواز توقيع الجزاءات المنوّه عنها في قانون المرافعات.

٧ - يجب عمل محضر لكل اجراء تقوم به اللجنة يوقع عليه الرئيس والكتاب.

٨ - تكون قرارات اللجنة وتحفظ بطبعها في دفاتر الكوبيا.

٩ - نعد نماذج الأوراق والاعلانات ومحاضر الجلسات والقرارات والروايات والملفات والسجلات اللازمة لفيد الطعون.

١٠ - وعلى اللجنة أن

هيئة من هيئات القضاء الإداري - كتنظيرتها المتعددة التي أوجدها المشرع المصري للحكم في منازعات أو جرائم معينة^(٣١).

وقد حمى المشرع هذا الخلاف أيضا بداية من القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ حتى القانون الحالي .. بالنص صراحة على أن اللجنة تصدر قرارها في حدود تقدير المصلحة وطلبات الممول. وذلك تأسيسا على أن اللجنة أصبحت هيئة حكم لا هيئة تقدير.

الطعن في قرارات لجنة الطعن الضريبي أمام المحكمة الابتدائية:

نصت المادة ١٦١ من ق ١٥٧ لسنة ١٩٨١ على أنه لكل من مصلحة الضرائب والممول الطعن في قرار اللجنة أمام المحكمة الابتدائية - منعقدة بهيئة تجارية خلال ثلاثين يوما من تاريخ الاعلان بالقرار وترفع الدعوى للمحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها المركز الرئيسي للممول أو محل اقامته المعتاد أو مقر المنشأة. وذلك طبقا لأحكام قانون

بوظيفتها القضائية كاملة بالفصل في كل ما يعرض عليها من نقط النزاع تطبيقا للقواعد القانونية العامة^(٣٢).

ثانيا : أن اللجنة أن تصدر قرارها في حدود تقدير المصلحة وطلبات الممول.. وذلك حتى لا تصطدم بقاعدة ألا يضار طاعن بطعنه .. وهذا أوضحناه عند التفرة بين لجان التقدير ولجان الطعن.

وقد ثار خلاف حول مدى سلطة اللجنة في زيادة التقدير الذي يجريه مأمور الضرائب فذهب رأى إلى أن اللجنة غير مقيدة بتقدير مأمورية الضرائب فلها أن تزيد عليه .. وهذا وقت أن كانت لجان تقدير وليس لجان طعن.. ومن ثم كانت هيئات تقدير أصلية لا هيئات تنظر في تظلم عن تقدير سابق أجرته المأمورية.

ونذهب رأى آخر إلى أن نطاق اختصاص اللجنة محصور في حدود الخلاف بين مأمورية الضرائب والممول ولا يجوز للجنة في تقديرها للضريبة أن تنزل عن التقدير الذي قبله الممول نفسه ولا أن تزيد على ما قدرته المأمورية... واستند هذا الرأى على أن لجنة التقدير

تجزئة بما يتضمنه من نقاط قانونية أو حسابية استنادا إلى:

١ - القول بترك المسائل القانونية للقضاء للفصل فيها - معناه تجزئة النزاع إلى جزئين جزء خاص بالناحية الحسابية ويعرض على ثلاث درجات هي لجنة التقدير والمحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف في حين أن الجزء الخاص بالقانون يعرض على درجتين فقط. وبذلك نكون قد حرمان الطرفين من درجة من درجات التقاضي بالنسبة لبعض النزاع ... وهذا فيه مخالفة للقانون.

٢ - قلما يمكن الفصل بين النقط القانونية والنقط الموضوعية أو الحسابية في النزاع ... ولو ابدت النقط القانونية في شكل دفع - فإذا استبعدت اللجنة النقط القانونية وأصدرت قرارا فيما اعتقدته فقط من اختصاصها ، فإنها لا تكون قد فصلت في النزاع المعروض عليها ويكون قرارها معيبا.

٣ - لجنة التقدير تقوم في الواقع باختصاص قضائي إداري - فهي هيئة قضائية وليست لجنة إدارية وهي بهذا الوصف يجب أن تقوم

المرافعات المدنية والتجارية المشار اليه.

ومن النص المتقدم يبين الآتي:

١ - أن الخصم الذي له حق الطعن في قرار اللجنة مصلحة الضرائب ... والممول الذي ربطت عليه الضريبة وإذا رفع الطعن من أحد الورثة يستفيد منه الباقين.

٢ - أن ميعاد الطعن هو ثلاثون يوما من تاريخ الاعلان بالقرار .. وإذا فوتت مصلحة الضرائب أو الممول الميعاد ولم يطعن أى منهما على قرار اللجنة اصبح هذا القرار نهائيا وحائزا لقوة الأمر المقتضى به (٣٢) وإذا قدم الطعن الى المحكمة بعد الميعاد القانوني فإنه يعد باطلا (٣٤). ولكننا نرى أن المحكمة في هذه الحالة تقضى بسقوط الحق في الطعن ... وليس بالبطلان.

٣ - والمحكمة المختصة بنظر الطعن هي المحكمة الابتدائية منعقدة بهيئة تجارية سواء قدم للطعن من الممول أو من مصلحة الضرائب التي يقع في دائرة اختصاصها المركز الرئيسي للممول أو محل اقامته المعتاد أو مقر المنشأة.

٤ - لا تختص المحكمة الابتدائية الا بنظر الموضوعات التي كانت معروضة فعلا على لجنة الطعن ومن ثم لا تختص بنظر ما لم يسبق عرضه على تلك اللجنة . وذلك راجع الى أنه ليس للمحاكم سلطة التقدير ابتداء فما لم يكن قد سبق عرضه على اللجنة واصدرت قرارا فيه لا يجوز طرحه ابتداء امام المحكمة (٣٥) وقد قضت محكمة النقض بأن المحكمة لا تملك تقدير ارباح الممول ابتداء وإنما تقتصر ولايتها على النظر فيما يقدم اليها من طعون في قرارات لجنة تقدير الضرائب (٣٦) . وكانت اللجنة وقت ذاك لجنة تقدير لا لجنة طعن.

الا أن الخلاف إذا كان متعلقا بمسألة قانونية لا يجوز الاتفاق على خلاف ما يقضى به القانون في شأنها .. فلا حاجة بأنها لم يسبق عرضها على اللجنة (٣٧).

يضاف الى ما تقدم ان المحكمة الابتدائية تختص بنظر ما عرض على اللجنة وفصلت فيه ضمنا وليس صراحة (٣٨).

٥ - ان الطعن أمام

المحكمة الابتدائية في قرار لجنة الطعن يرفع بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة لا بطريق التكليف بالحضور والا كان الطعن باطلا. لرفعه بطريق التكليف بالحضور لا بطريق الابداع (٣٩) وهذا بالنسبة الى الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية.. اما الضريبة على التركات فيرفع الطعن بشأنها بطريق التكليف بالحضور لا بطريق الابداع وتقديم الصحيفة الى قلم الكتاب (٤٠).

٦ - يجب على الطاعن أن يضمن صحيفة طعنه بيانا كافيا للتعريف بالقرار المطعون عليه وتحديده ويمنع من التجهيل به .. وكفاية هذا البيان واقع يترك تقديره لقاضي الموضوع (٤١).

٧ - يجوز للمحكمة الابتدائية أن تنتظر تلك الطعون المعروضة عليها في جلسة سرية وذلك عملا بالمادة ١٦٣ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ التي نصت على أن «الدعاوى التي ترفع من الممول أو عليه يجوز للمحكمة نظرها في جلسة سرية - ويكون الحكم فيها دائما بوجه السرعة - وعلى أن تكون

ويرى هذا الرأي أيضا أنه حتى في ظل تعديل سنة ١٩٥٠ الذي جعل الرئاسة لقاضي، فإن قرارات اللجنة لم تكن جديرة بوصف العمل القضائي - رغم وضوح نية المشرع وقتئذ من أنه يقصد أن يجعل من تلك اللجان جهة قضاء .. وذلك لأن لجنة الطعن كانت يومها تتمتع من ثلاثة أعضاء لخدم الرئيس وهو القاضي والأخران موظفا مصلحة الضرائب - وكانت القرارات تصدر بالأغلبية وكان يمكن أن يصدر القرار برأي موظف مصلحة الضرائب فقط إذا اتفقا دون القاضي، ومن ثم ظلت مصلحة الضرائب خصصا وحكما أيضا في ظل تعديل سنة ١٩٥٠.

واستند أيضا هذا الرأي إلى أن اللجنة غير مقيدة بالقواعد الشكلية الواردة في قانون المرافعات فإذا اشترك في إصدار قرارها عضوا لم يسبق له سماع اقوال الممول .. لا يبطل قرارها لأن حضور الممول وسماع اقواله ليس بلامر صحة قرارها.

ولا يبطل قرارها أيضا إذا كان من بين أعضائها من

محكمة النقض ويحق اعتبار لجان تقدير الضرائب من قبيل اللجان الإدارية، لأنها لا تفصل في خصومة، فسلطة هذه اللجان في التقدير، سلطة تبشرها بوصف كونها الهيئة المختصة بالتقدير ليتساءل لا هيئة تنظر طعنا في تقدير للمأمورية^(٤٢).

ويستند هذا الرأي - إلى أن المقصود بالعمل القضائي هو تقرير قانوني - أي تثبت أو تحقق يؤيده باسم الدولة عضو مستقل محايد - في نطاق إجراءات خاصة - تعرف بالاجراءات القضائية، ولهذا التقرير قوة الحقيقة القانونية، فإذا ما طبق هذا التعريف على لجان الطعن تبين أن رئيسها ليس قاضيا - وإنما هو موظف إداري تابع لرئيس له حق التوجيه والتصحيح والتأديب - ولا يمكن اعتباره شخصا محايدا - فهو خصم وحكم في نفس الوقت، فضلا عن أعضاء اللجنة الأصليين من موظفي مصلحة الضرائب الخاضعين لها الذين يتلقون التوجيهات والحلول منها، ومعنى هذا عدم توفر عنصر الحيادة الذي يشترط توافره في العمل القضائي.

النيابة ممثلة في الدعوى يعاونها في ذلك مندوب من مصلحة الضرائب.

٨ - بحسب المحكمة الابتدائية أن توكيد قرار لجنة الطعن المودع ملف الدعوى، وتحيل إلى أسبابه ليكون ما يحويه هذا القرار من وقائع وأسباب ورد على دفاع الطاعن جزءا متما له .. ولا يعيب الحكم أنه لم يكون تلك الأسباب ويرصدها كلها أو بعضها ما دامت قد أصبحت بهذه الحالة ملحقة به^(٤٣).

الطبيعية القانونية للجان الطعن الضريبي والتكليف القانوني لما يصدر عنها من أعمال:

ثار الخلاف حول الطبيعة القانونية للجان الطعن الضريبي .. وانقسمت الآراء إلى ثلاثة:

أولا: رأي اعتبرها لجنة إدارية بحتة:

ويذهب أنصار هذا الرأي - وهم قلة - إلى اعتبار لجان الطعن الضريبي من قبيل اللجان الإدارية حتى بعد صدور القانون رقم ١٤٦ سنة ١٩٥٠ الذي استبدل لجان التقدير بلجان الطعن .. وكانت

موظفي مصلحة الضرائب من سبق له ابداء الرأي^(٤٤).

وهذا واضح تبينه للمعيار الشكلي.. حتى أنه عند جعل اللجنة برئاسة قاضي استلزم أن يكون بقية الاعضاء قضاة.. كما أنه متأثر بالأوضاع السارية وقت أن كانت اللجان لجان تقدير وليس لجان طعن.. لأن المطاعن الموجهة الى تلك اللجان ان كانت لا تبطل قرارات لجان التقدير الا أنها أصبحت تبطل قرارات لجان الطعن.. كما سبق أن بينا.. بل أن لجان الطعن حالياً تتقيد تماماً بما ورد في قانون المرافعات من اشكال واجراءات تحقيقاً ل ضمانات التقاضي أمامها.

ثانياً: رأى اعتبارها لجنة ادارية ذات اختصاص قضائي:

يذهب أكثر الفقه في مصر - مؤيداً من محكمة النقض الى اعتبار هذه اللجان من قبيل اللجان الادارية ذات الاختصاص القضائي.

وقد استند الفقه الى أن لجان الطعن الضريبي تباشر نوعاً من الولاية القضائية - فهي تختص بنظر الخلافات التي تثور بين الممول

ومصلحة الضرائب بعد صدور قرار الادارة بربط الضريبة على الممول على الأساس الذي ارتأته المصلحة، كما أنها تنظر الخلافات جميعه.. ما تعلق منه برقم الربح أو أساس التقدير.. أى أنها تنظر منازعات حقيقية بين الممول والمصلحة وليس مجرد صعوبات تقوم خلال تناول الأمور وجهات النظر قبل أن تصبح الضريبة واجبة الاداء^(٤٥).

يضاف الى ذلك أن اللجنة لا تتكلم باسم أحد الطرفين بل تفحص اسباب الخلاف وتصدر قرارها بعد البحث والتفأش على أساس ما قأبت به من فحص^(٤٦).

وقد ايدت محكمة النقض المصرية هذا الرأى قضت بأن لجنة الطعن هيئة ادارية الا أنها وقد اعطاها القانون ولاية القضاء للفصل في خصومة بين الممول ومصلحة الضرائب فقد وجب عليها وهي بهذه الصفة أن ترتبط بالاصول الهامة والمبادئ العامة للتقاضي والتي من مقتضاها الا تتعرض لنزاع غير معروض عليها^(٤٧).. كما قضت محكمة النقض بأن

لجان فحص الطعون الضريبية بحسبانها لجان ادارية ذات اختصاص قضائي - وترتبط بالاصول والمبادئ العامة للتقاضي.. فلن ما تصدره من قرارات بمقتضى صفتها المذكورة يحوز قوة الأمر المقضى فيه^(٤٨).

وقد قضت محكمة القاهرة الابتدائية بأن لجنة الطعن في تقدير الضريبة - تعتبر لجنة ادارية ذات اختصاص قضائي - ومن ثم فلن قرارها الصادر في حدود اختصاصها يحوز حجية الشيء المقضى به - فلا يسوغ لهذا الفصل في طعن سبق أن فصلت فيه وقالت كلمتها في موضوعه والا جاز الدفع امامها بعدم جواز اقامة الطعن لسابقة الفصل فيه - كما يجوز الدفع به لدى الطعن في هذا القرار امام المحكمة الابتدائية^(٤٩).

ويرتب انصار هذا الرأى على اعتبار لجان الطعن ذات طبيعة قضائية ما يأتي:

١ - أن تلك اللجان تتبع واعد العامة في قانون مرافعات . من تحقق من بفة الخصوم وسندات الوكالة عنهم وألا تصدر قرارها الا

بعد المداولة والمنافسة والمرافعة .. ويمكن الخصوم من ابداء دفاعهم ودفعهم.

٢ - يجب أن تكون الهيئة التي أصدرت القرار هي الهيئة التي استمعت الى المرافعة وقامت بالمداولة .. ولا يكون من بين اعضائها من يرى رأيا أو يأمر عملا متعلقا بتقدير الأرباح المتنازع عليها. ويرد على اعضاء اللجنة ما يرد على القضاء من اسباب للرد.

٣ - لا تقبل اللجنة توجيهات أو تعليمات من الحكومة الا ما تضمنته القوانين وتطبيقه المحاكم .. ولا تتخذ بمشورات مصلحة الضرائب أو تعليماتها الإدارية .. وقراراتها تعتبر نافذة في حق مصلحة الضرائب ما لم تطعن فيها بالطرق التي رسمها القانون ويقبل طعنها ويلغى قرار اللجنة^(٥٠).

ثالثا : رأى اعتبر اللجنة محكمة إدارية :

يذهب رأى الى اعتبار لجان الطعن من قبيل المحاكم الإدارية .. ويستند هذا الرأى الى أن مصلحة الضرائب والممول يقف كلاهما أمام اللجنة للدفاع عن وجهة

نظره - ويكون قرارها ملزما لكليهما في الحدود التي قررها القانون .. كما أن قراراتها تكون ملزمة ونافذة بغير حاجة الى تصديق من المصلحة أو من الوزارة .. وان المصلحة والممول سواء بمواء ليس لها أن تتدخل من قرار اللجنة إذا كان مخيفا بها الا عن طريق الطعن أمام المحكمة التجارية.

وليس لمصلحة الضرائب أن تصدر الى اللجنة أوامر أو تعليمات في شأن القيام بمهمتها - ولا يجوز لها أن توجيهها توجيها معينا .. أو أن تفرض عليها رأيا في مسألة معينة معروضة عليها. وإذا أرسلت لها المنشورات أو التعليمات التي تصدرها فإنما يكون ذلك على سبيل الإحاطة والعلم وللاستئناس فقط عند الاقتضاء^(٥١).

رأينا الخاص :

بعد أن استعرضنا تشكيل لجان الطعن الضريبي على مر القوانين المتعاقبة وكذلك طرق وإجراءات التقاضي أمامها وكيفية الطعن على ما يصدر عنها من أعمال .. ومنطقت اختصاصها والآراء التي قيلت حول الطبيعة القانونية لتلك اللجان ومدى تشعبها

وإختلافها .. نحاول في ختام هذا البحث أن ندلو بطلونا فيه إبتغاء إلماطة اللجان حول الطبيعة القانونية لتلك اللجان .. هل هي لجان إدارية أم لجان قضائية؟؟ وبالتالي هل ما تصدره تلك اللجان أحكاما قضائية أم قرارات إدارية؟؟ وذلك بنظرة علمية منطقية محايدة بعيدة عن كل تعصب أو غرض أو هوى ..

إن السبب الرئيسي في صعوبة تحديد الطبيعة القانونية للجان الطعن الضريبي هو عدم التوصل حتى الآن الى معيار جامع مانع شامل يميز بين العمل الإداري والعمل القضائي^(٥٢) وكل المعايير سواء الشكلية أو الموضوعية أو المختلطة لم يسلم منها واحد من سهام النقد، وتعرضت لكثير من المآخذ، كما أن أحكام القضاء سواء العادي أم الإداري ما زالت مترددة بين تلك المعايير التي اقترحها الفقه وغير مستقرة على معيار معين.

بل أن القول الإداري استقر أخيرا على الأخذ بمعيار مزدوج أى بالمعيارين الشكلي والموضوعي معاً هو قول يجافى المنطق لأن الأخذ

الادارية اللامركزية.

(٣) أضف الى ذلك، فإنه متى صار الحكم نهائيا بفوات مواعيد الطعن فيه أو باستنفادها صار عنوانا للحقيقة، وامتنع المماس به نهائيا حتى بمناسبة النظر في قضية أخرى، أما القرار الادارى فيجوز دائما الادعاء بعدم مشروعيته للمطالبة بالتعويض عنه ما لم يسقط هذا الحق بمضى مدة معينة ، وفى الأنظمة التى تعرف قضاء الالغاء، يجوز دائما حتى بعد فوات ميعاد الطعن بالالغاء، الدفع بعدم مشروعية القرار بمناسبة أية دعوى للتوصل ليس الى الغاء القرار ولكن الى استبعاد تطبيقه .

(٤) كما أن جهة الادارة غير ملزمة بتسبب قراراتها وغير ملزمة أيضا باتخاذ القرار طبقا لاجراءات معينة، ما لم يرد النص على خلاف ذلك، أما الحكم فيجب دائما ودون حاجة الى نص صريح ، أن يصدر بعد سماع أقوال الاطراف المعنية، والالتزام بالقواعد المنظمة فى القانون الاجرائى، ومن ابرزها تسبب الأحكام وكفالة حق الدفاع وما الى ذلك من

وبعد أن استعرضنا تعريف مجلس النولة المصرى للقرار الادارى والقرار القضائى فإنه لا ريب فى أن إجماع عمل ما ، فى طائفة الأعمال ذات الطبيعة القضائية البحتة أمر يؤدى الى نتائج بعيدة المدى، لا مثيل لها إذا ما اعتبر هذا العمل عملا إداريا:

(١) فمن ناحية :
القاصى منه : إلا فى دعوى أقيمت امامه ، فهـ . ١٠٠ . ملحق إذن أن يتصدى لمبرعة من تلقاء نفسه ليصدر فيها حكما، أما القرار الادارى فقد يصدر بناء على طلب مقدم من نوى الشأن، ولكنه قد يصدر دون طلب، وذلك أيا كان موضوع القرار .

(٢) ومتى صدر الحكم امتنع إعادة النظر فيه من أية جهة، حتى من الجهة التى اصدرته، الا بالتبايع احدى الطرق المقررة للطعن فى الأحكام، أما القرار الادارى فيجوز للجهة التى اصدرته أو لجهة اعلى منها، من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من نوى الشأن تعديله أو مسحه أو الغاءه مع ملاحظة الفروق القائمة بين السلطة الرئاسية وسلطة الرقابة على الهيئات

بأحد المعيارين يستبعد منطقيا تطبيق المعيار الآخر^(٣).

والتعريف التقليدى للقرار الادارى والذى يلتزمه مجلس الدولة المصرى فى احكامه باستمرار يعتمد على ابراز عناصره حيث يقول هــو إفصاح جهة الادارة عن ارادتها الملزمة ، بمالها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث مركز قانونى معين، متى كان ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة .

كما عرف مجلس الدولة القرار القضائى بأنه ما يحسم على اساس القاعدة القانونية، خصومة قضائية تقوم بين خصمين، وتتعلق بمركز قانونى خاص أو عام ، ولا ينشئ القرار مركزا قانونيا جديدا، وإنما يقرر فى قوة الحقيقة القانونية وجود حق لأى من الخصمين أم عدم وجوده، ويكون القرار قضائيا متى اشتمل على هذه الخصائص ولو صدر من هيئة لا تتكون من عناصر قضائية، وإنما أسندت اليها مطلبة قضائية استثنائية للفصل فيما ينابها من الخصومات^(٤) .

ومما تقدم نستطيع أن نقول أن لجنة الطعن الضريبي لجنة قضائية تصدر أحكاما قضائية استنادا إلى الأسباب القانونية والمنطقية الآتية:

أولا : أن عدم تشكيل لجنة الطعن الضريبي من قضاة بالكامل أو جعلها برئاسة قاضى لا يسقط عنها وصف اللجنة القضائية وذلك لأن تعريف القرار القضائي الذي استقر عليه مجلس الدولة المصري جاء به أنه يكون القرار قضائيا... ولو صدر من هيئة لا تتكون من عناصر قضائية، وإنما أسندت إليها سلطة قضائية إستثنائية للفصل فيما نيط بها من الخصومات^(٥٦).

أى أن القرار يعتبر قضائيا - أى حكما - متى توافرت له خصائصه التي ذكرناها ولو صدر من هيئة لا تتكون من قضاة.

ثانيا : أن القول بأن العمل يعتبر اداريا إذا صدر من جهة تتبع الإدارة، ويعتبر قضائيا إذا صدر من جهة تابعة للسلطة القضائية قول منتقد من ناحيتين:

الأولى : أن جميع الأعمال الصادرة لها من السلطة

الحكم القضائي النهائي يكون بإحدى طرق الطعن المقررة قانونا للطعن فى الأحكام (كطريق النقض مثلا) أما العمل الإداري فسيبيل الطعن فيه هي دعوى تجاوز السلطة، فضلا عن أن الطعن فى العمل القضائي قاصر على طرفي الخصومة، أما فى العمل الإداري فهو حق لكل ذي مصلحة، والملاحظ أن سلطة المحكمة فى الطعن بالالغاء هي أوسع من سلطتها فى الطعن بالنقض لأنها تمتد لرقابة صحة الوقائع الى جانب الرقابة القانونية.

وبعد أن تناولنا تشكيل لجنة الطعن الضريبي وطرق إجراءات النقاضى أمامها والمنازعات التي تختص بالفصل فيها، وعرفنا القرار الإداري والحكم القضائي وما يترتب على كل منهما من نتائج نستطيع الآن أن نحدد الطبيعة القانونية للجنة الطعن الضريبي هل هي لجنة ادارية تصدر قرارا إداريا، أم لجنة ادارية تصدر قرارا إداريا أم حكما؟ أم لجنة قضائية تصدر أحكاما قضائية؟ وهذا كله سيكون حصيلة نتائج علمية منطقية لما عرضنا له مقدما.

الضمانات الجوهرية التي يكفلها القانون للمتناقضين.

(٥) علاوة على ذلك فالقرار الإداري كأي عمل اداري تجوز المطالبة بالتعويض عنه إذا ما توافرت اركان المسؤولية، وعلى خلاف ذلك فالأصل أن الأحكام القضائية لا تجوز المطالبة بالتعويض عنها^(٥٥).

(٦) والأصل فى القرار الإداري أنه يصدر من سلطة تقديرية، بحيث تكون الإدارة حرة فى تحديد نوع القرار وفى إتخاذ أو عدم إتخاذ، وفى تحديد وقت إصداره، ومع ذلك فإن القرار الإداري يصدر أحيانا فى سلطة مقيدة بحيث تلتزم الإدارة بإتخاذ قرار معين إذا ما توافرت شروط معينة، أما للقاضى فهو مقيد بإصدار حكم فى الدعوى المقامة أمامه وبأن يصدره على أساس قانوني محدد تبعا لنوع الدعوى، ولا يتمتع بسلطة فى التقدير الاستثناء، كما هو الحال بخصوص ما يملكه القاضى الجنائى عندما يحدد نوع العقوبة ومقدارها ضمن حدى العقوبة الأدنى والأقصى كما يحدده النص.

(٧) كما أن الطعن فى

القضائية لا تعتبر أحكاما بل منها ما يعتبر أفعالا إدارية بطبيعتها كالأعمال الداخلة في وظيفة القاضي الولائية. وبعبارة أخرى فإنه ليس كل ما يصدر عن القاضي هو دائما حكم.

والثانية : ليس كل حكم يجب أن يصدر عن قاضي، لأن المشرع كثيرا ما يخول الجهات الإدارية سلطة إصدار أحكام بمعنى الكلمة، وهي أغلب الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، والتي ورد عليها النص صراحة في المادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ سنة ١٩٧٢ (٥٧).

ثالثا : أن لجنة الطعن الضريبي لا تصدر حكما إلا في نزاع أقيم أمامها، ولا تستطيع أن تتصدى لمنازعة من تلقاء نفسها لتصدر فيها حكما .. كما في القرار الإداري.

ويؤيد هذا النظر قضاء النقص القائل بأنه وإن كانت لجنة الطعن الضريبي هيئة إدارية، إلا أنها وقد أعطتها القانون ولاية القضاء للفصل في خصومة بين الممول ومصلحة الضرائب، فقد وجب عليها - وهي بهذه الصفة -

أن ترتبط بالأصول الهامة والمبادئ العامة للتقاضى والتي من مقتضاها ألا تتعرض لنزاع غير معروض عليها (٥٨).

رابعا : متى أصدرت لجنة الطعن الضريبي حكمها، امتنع إعادة النظر فيه من أية جهة حتى من الجهة التي أصدرته وهي اللجنة. ٧١ بانهاج . ٥٨. الطريق المقررة للطعن في الأحكام، بعكس القرار الإداري الذي يجوز للجهة التي أصدرته أو لجهة أعلى منها، من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من ذوى الشأن تعديل أو سحب أو الغاؤه.

خامسا : متى صار حكم لجنة الطعن الضريبي نهائيا بفوات مواعيد الطعن فيه أو باستنفادها، صار عنوانها للحقيقة، واكتسب حجية الأمر المقضى التي لا تثبت إلا للأحكام القضائية القطعية (٥٩) وامتنع المساس به نهائيا حتى بعناية النظر في قضية أخرى، بعكس القرار الإداري فيجوز دائما الادعاء بعدم مشروعيته للمطالبة بالتعويض عنه على التفصيل المتقدم.

سادسا : أن لجنة الطعن الضريبي قد أعطتها المشرع

ولاية القضاء للفصل في الخصومات بين مصلحة الضرائب والممولين.. فقد أوجب عليها وهي بهذه الصفة أن ترتبط بالأصول الهامة والمبادئ العامة للتقاضى ومنها سماع أقوال الأطراف المعنية، وكفالة حق الدفاع، والالتزام بالقواعد المنظمة في القانون الإجرائي، وتسبب أسماها وقد قضت محكمة النقض تأييدا لهذا النظر بأنه وإن كانت لجنة الطعن الضريبي هيئة إدارية إلا أنها وقد أعطتها القانون ولاية القضاء للفصل في خصومة بين الممول ومصلحة الضرائب - يجب وهي بهذه الصفة - أن ترتبط بالأصول الهامة والمبادئ العامة للتقاضى والتي من مقتضاها أن لا يجلس للفصل في خصومة من سبق له إبداء الرأى فيها، ومن ثم فإن ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من بطلان قرار لجنة الطعن تأسيسا على أن المأمور الفاحص لأرباح الممول عن سنة النزاع قد اشترك في إصداره لا مخالفة فيه للقانون (٦٠).

سابعاً : أن القرار الإداري، الإدارة طرف فيه لأنها هي

في التفتيش على أعضاء
الادارات القانونية بشركات
القطاع العام، وينهى نذب
عضو اللجنة الذي يثبت عدم
صلاحية فنيا للتصديق للعمل
القضائي، وذلك حتى لا تكون
تلك اللجان انصائية مجرد أداة
في ايدي "زعماء" السياسيين،
مما يؤثر تأثيرا سلبا في "إيا"
لوظيفتها.

.. ولا ننسى فضل لجان
الطعن الضريبي في تخفيف
العبء الواقع على كاهل
القضاء وسرعة فصلها في
المنازعات التي تعرض عليها
وذلك لعدم حاجة اعضائها
الفنيين لاحالة تلك المنازعات
الى الخبراء. وهذا يقصر أمد
النقاضي.

أن لجنة الطعن الضريبي هي
لجنة قضائية تصدر احكاما
بمعنى الكلمة.

كيف يمكن الاستفادة من
لجان الطعن الضريبي؟

إن لجان الطعن الضريبي
كنظام موجود وقائم في القانون
الضريبي المصري ممكن
الاستفادة منه والاستعانة به في
تخفيف العبء عن القضاء
المصري لو أوليائه قنرا من
العناية والاهتمام والتنظيم
بحيث نجرده من السلبيات التي
تنسب اليه كميل اعضاء اللجان
الى جهة الادارة بحكم انتسابهم
اليها وذلك عن طريق انشاء
ادارة بوزارة العدل للتفتيش
على أعمالهم في تلك اللجان
ومتابعتها اموة بما هو متبع

صاحبته التي اصدرته، والتي
لها أن تسحب أو تعدله أو
تلغيه، ولا توجد جهة إدارية
تصدر قرارا إداريا ثم تلعب
عليه، في حين أن، المشرع
أباح لمصلحة الضرائب وهي
الجهة الادارية وكذا، الممما،
حق الطعن على قرار. لجنة
الطعن الضريبي أمام المحكمة
الابتدائية وذلك راجع إلى أن
لجنة الطعن الضريبي ليست
طرفا في الخصومة وإنما هي
هيئة منبئة الصلة عن طرفي
النزاع وهما الممول ومصلحة
الضرائب والذان لهما أن
يطعنا على حكم اللجنة أمام
المحكمة الابتدائية.

.. تلك هي الأسباب التي
نستند اليها فيما ذهبنا اليه من

الصديق المزيف كالظل ، يمشى ورائي عندما أكون
في الشمس ، ويختفي عندما أكون في الظلام .

جبران خليل جبران ،

- (١) راجع نقض مدنى الطعن رقم ٨٣ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/٢/١٧ مع ٢٥ سنة ج ٢ رقم ٢٣ ص ٧٨٥.
- (٢) راجع نقض مدنى الطعن رقم ٣٥٩ ق جلسة ١٩٥٣/٥/١٤ مع ٢٥ سنة ج ٢ رقم ٣٦ ص ٧٨٥ وذات المعنى الطعن رقم ١١٧ سنة ١٩ ق جلسة ١٩٥٠/٦/١ ذلت المجموعة رقم ٤٠ ص ٧٨٦.
- (٣) راجع نقض مدنى الطعن رقم ٦٤ سنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/٤/٧ مع ٢٥ سنة ج ٢ رقم ٣٤ ص ٧٨٥ وذات المعنى الطعن رقم ٥١ سنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/٨، الطعن ٣٥٩ سنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٥/١٤، الطعن رقم ٤٣٠ سنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٥/٧ مع ٢٥ سنة ج ٢ رقم ٣٧ ص ٧٨٥، الطعن رقم ١١٧ سنة ١٩ ق جلسة ١٩٥٠/٦/١ مع ٢٥ سنة ج ٢ رقم ٤٠ ص ٧٨٦.
- (٤) أنظر نقض مدنى الطعن رقم ٤٩ سنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/١ مع ٢٥ سنة ج ٢ رقم ٢٨ ص ٧٨٤، وذات المعنى الطعن رقم ١٨١ سنة ١٩ ق جلسة ١٩٥٠/٦/١ مع ٢٥ سنة ج ٢ رقم ٢٧ ص ٧٨٣.
- (٥) أنظر نقض مدنى الطعن رقم ١٢٣ سنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٢/٢٣ مع ٢٥ سنة ج ٢ رقم ٢٩ ص ٧٨٤.
- (٦) راجع نقض مدنى الطعن رقم ٨٨ سنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٤/٢٤ مع ٢٥ سنة ج ٢ رقم ٣٢ ص ٧٨٤.
- (٧) راجع نقض مدنى الطعن رقم ١٧٠ سنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٦/١٨ مع ٢٥ سنة ج ٢ رقم ٣٠ ص ٧٨٤.
- (٨) راجع نقض مدنى الطعن رقم ٨٨ سنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٤/٢٤ مع ٢٥ سنة ج ٢ رقم ٣٢ ص ٧٨٤.
- (٩) راجع نقض مدنى الطعن رقم ٤٦ سنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٨/٣/١٣ مجموعة المكتب الفنى ص ٩ ص ١٩٧.
- (١٠) محمد مرسى فهمى، الضريبة على الأرباح التجارية وتطبيقاتها العملية الجزء الأول سنة ١٩٥٦، ص ٣٢٤.
- (١١) د. زكريا محمد بيومى، الطعون القضائية فى ربط الضرائب على الدخل سنة ١٩٧٤، ص ٢١٤.
- (١٢) تعليمات تفسيرية برقم (١) نحل محل الكتاب الدورى للصلابر فى ١٩٥٤/١٠/٤.
- (١٣) مجموعة قوانين الضرائب فى مصر، محمد بدران، الطبعة الثالثة سنة ١٩٧١ ص ٢٦١ و ص ٢٦٢.
- (١٤) حبيب المصرى، ضرائب الدخل فى مصر، سنة ١٩٤٥، ص ٥٢٩.
- (١٥) محمد رشاد، صرية الارباح التجارية والصناعية فى التشريع المالى المصرى، الطبعة الأولى.

من ٢٢٨ و د. محمد دله بدوي و د. محمد حمدي النشار، لصول التشريع الضريبي المصري من ١٩٢٢، سنة ١٩٥٩.

(١٦) نقض مدني الطعن رقم ١٧٠ سنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٢/٦/١٨ مع ٢٥ مه م. ا. رقم ٣٠ من ٧٨٤.

(١٧) د. زكريا البيومي، المرجع السابق، ص ٢١٧، وما بعدها.

(١٨) راجع: للتنظيم الضريبي المصري د. السيد عبد المولى ص ٥٠١ طبعة ١٩٩٠.

(١٩) د. زكريا البيومي، المرجع السابق، ص ٢٢٦ وما بعدها.

(٢٠) نقض مدني الطعن رقم ٤٧ سنة ٤٧ ق. ١٩٧٩/١٢/٤ مع المكتب الفني من ٣٠ رقم ٣٦٨ من ١٥٠.

(٢١) د. زكريا البيومي، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

(٢٢) نقض مدني الطعن رقم ١٣٣ سنة ٣١ ق. ١٩٦٧/٣/١ من ١٨ رقم ٧٩ ص ٥٢٢.

(٢٣) نقض مدني الطعن رقم ٧٧١ سنة ٤٤ ق. ١٩٧٨/١/٢٤ مع المكتب الفني من ٢٩ رقم ٦١ ص ٢٩٩.

(٢٤) نقض مدني الطعن رقم ١٠٩٠ سنة ٤٨ ق. ١٩٧٩/٣/٢٠ مع المكتب الفني من ٣٠ رقم ١٦٢ من ٨٧٧.

(٢٥) تعليمات تنفيذية رقم (٢) الصادرة في ١٩٦٤/١٠/٧ منشورة في مجموعة قوانين الضرائب في مصر - محمد بدران - الطبعة الثالثة ص ١٩٦٢ سنة ١٩٧١، وفي نفس المعنى نقض مدني الطعن رقم ٣٧٩ سنة ٢٧ ق.

(٢٦) المرجع السابق. وحكم محكمة الاستئناف الدائرة المباشرة في الاستئناف رقم ٧٩١ سنة ٧١ ق جلسة ١٩٥٩/١١/١٢ منشور في المرجع السابق، محمد بدران، ص ٢٦٢. انظر التشريع الضريبي المصري د. عاطف صفدي سنة ١٩٦٨ ص ٣٥٥.

(٢٧) مجموعة قوانين الضرائب في مصر - محمد بدران، الطبعة الثالثة، سنة ١٩٦٢، ص ١٨٧.

(٢٨) نقض مدني الطعن رقم ٣٦٦ سنة ٣٨ ق. ١٩٧٤/١٢/١١ مع المكتب الفني من ٢٥ ص ٢٢٨.

(٢٩) راجع د. السيد عبد المولى - المرجع السابق ص ٥٠٣ طبعة ١٩٩٠.

(٣٠) حبيب المصري - مرجع سابق، ص ٥٧٢، محمد رشاد، المرجع السابق ص ٢٢٨.

(٣١) عبد الحميد نوكل وآخرون، المرجع السابق ص ١٦٩. ويلاحظ أن هذا الرأي اعتبر لجنة الطعن الضريبي. هيئة فضائية، ودرجة من درجات التناقص.

(٣٢) د. زكريا البيومي، المرجع السابق، ص ٢٣٧.

- (٣٣) نقض مدنى الطعن رقم ٧٠ سنة ٣٩ ق ٢/٢٦ ١٩٧٥/٢٦ مع المكتب الفنى من ٢٦ رقم ٩٩ ص ٤٩٥.
- (٣٤) د. زكريا البيومي، المرجع السابق، ص ٢٦٤.
- (٣٥) نقض مدنى الطعن رقم ١٥٧ سنة ١٨ ق. ١٩٥٠/٦/٨ مع ٢٥ سنة جـ ٢ رقم ١٢٥ ص ٨٠٣ وفى نفس المعنى الطعن رقم ١٣٠ سنة ٣٨ ق. ١٩٧٤/١٢/١٨ مع المكتب الفنى من ٢٥ رقم ٢٤٦ ص ١٤٥٢.
- (٣٦) نقض مدنى الطعن رقم ١٠٢ سنة ٢٠ ق. ١٩٥٢/٢/٢١ مع ٢٥ جـ ٢ رقم ١٢٦ ص ٨٠٣.
- (٣٧) نقض مدنى الطعن رقم ٤١ سنة ٣٧ ق. ١٩٧٤/٢/٢٧ مع المكتب الفنى من ٢٥ رقم ٧١ ص ٤٣٩، والطعن رقم ٢٣١ سنة ٣٧ ق. ١٩٧٤/٤/٣٠ من ٢٥ ص ٦٣٦.
- (٣٨) نقض مدنى الطعن رقم ٨ سنة ٤٤ ق. ١٩٧٧/١٢/٩ من ٢٨ رقم ٩٢ ص ٤٨١.
- (٣٩) نقض مدنى الطعن رقم ٣٢٧ سنة ٣٨ ق. ١٩٧٤/١٢/٤ من ٢٥ رقم ٢٢٨ ص ١٢٤، ١٣٥١، ١٢٤ سنة ٣٨ ق. ١٨٣ سنة ٣٨ ق. ١٩٧٤/١٢/١٥ من ٢٥ رقم ٢٤٥ ص ٤٤٣.
- (٤٠) نقض مدنى الطعن رقم ٣ سنة ٣٣ ق. ١٩٧٠/١٢/٢٣ من ٢١ رقم ٢٠٩ ص ١٢٨١ وهذه التفرقة أصبحت غير موجودة فى ١٥٧ سنة ١٩٨١ وأصبحت أحكام قتلون المرافعات هى المعمول بها.
- (٤١) نقض مدنى الطعن رقم ٢٢ سنة ٣٣ ق. ١٩٧١/١/٢٧ من ٢٢ رقم ٢٤ ص ١٣٩.
- (٤٢) نقض مدنى الطعن رقم ١٠٣ سنة ٣١ ق. ١٩٦٧/٢/٢٢ من ١٨ رقم ٦٦ ص ٤٤٠.
- (٤٣) نقض مدنى الطعن رقم ٤٩ سنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٩/١٢/١ مع ٢٥ سنة جـ ٢ رقم ٢٨ ص ٧٨٤، وذات المعنى الطعن رقم ١٥٧ سنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٦/٨ المجموعة السابقة رقم ١٢٥ ص ٨٠٣، والطعن رقم ١٢٣ سنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٢/٢٣ المجموعة السابقة رقم ٢٦ ص ٧٨٤.
- (٤٤) وهذا رأى ويتناه د. القطب طهيلية، د. زكريا البيومي.
- (٤٥) د. حسين خلاف، لجان التقدير فى صربية الأرباح التجارية والصناعية، المرجع السابق، ص ٣٦٧.
- (٤٦) د. محمود رياض عطية، الوسيط فى تشريع الضرائب سنة ١٩٦٥، ص ٣٩.
- (٤٧) نقض مدنى الطعن ٧٥٧ سنة ٤٠ ق. ١٩٧٩/٤/١٧ من ٣٠ رقم ٢١٠ ص ١٣٩، الطعن رقم ٢٧٩ سنة ٢٦ ق. ١٩٧٤/١/٩ من ٢٥ رقم ٢٢ ص ١١٩.
- (٤٨) نقض مدنى الطعن ٥٤٢ سنة ٤٥ ق. ١٩٧٨/٢/٢٨ من ٢٩ رقم ١٢٥ ص ٦٣٦.
- (٤٩) محكمة القاهرة الابتدائية الدائرة ٣٣ ضرائب، القضية رقم ٨٤١ سنة ١٩٦٧ كلى ضرائب جلسة ١٩٦٤/٢/٨، منشور بمجلة قضايا الدولة سنة ١٩٦٥ ع ٣ ص ١٠٨.
- (٥٠) عبد الحميد توكيل، للمرجع السابق، ص ١٧٠.

- (٥١) حبيب المصري، المرجع السابق ص ٥٧٠ وما بعدها.
- (٥٢) راجع رسالتنا الدكتوراه - المحاكم الخاصة في مصر طبعة سنة ١٩٩٠ - الفصل الرابع والذي تحدثنا فيه عن المعيار المسير للعمل الإداري عن العمل القضائي من ص ٥٨٣ حتى ٧٧٢.
- (٥٣) راجع - القرار الإداري - دراسة مقارنة د. محمود حافظ - الطبعة الثانية سنة ١٩٧٢ ص ٥٤.
- (٥٤) راجع - النظرية العامة للقرارات الإدارية - د. سليمان الطماوي الطبعة السادسة سنة ١٩٩١ ص ١٨٢.
- (٥٥) راجع رسالتنا - ص ٧٥١ وما بعدها.
- (٥٦) راجع النظرية العامة للقرارات الإدارية د. سليمان الطماوي - الطبعة السادسة ص ١٨٣ سنة ١٩٩١. وكذلك القرار الإداري دراسة مقارنة د. محمود حافظ سنة ١٩٧٢ ص ٥٥.
- (٥٧) د. سليمان الطماوي - المرجع السابق ص ١٨٤.
- (٥٨) نقض منى الطعن رقم ٢٧٩ سنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٤/٩/٢٥ ص ١١٩.
- (٥٩) راجع د. جمال زكي - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات - الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٨ ص ١١٥٤ وما بعدها ورسالتنا ص ٧٦٢ وما بعدها.
- (٦٠) نقض منى جلسة ١٩٥٧/١٢/٢٥ الطعن رقم ٣٢٩ سنة ٢٤ ق ص ٩ ص ٨٥٣.

لا يصيب الانسان ضرر إلا الضرر الذي يجلبه
على نفسه .

« جان جاك روسو »

حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف

في العقود الخاصة الدولية

المستشار الدكتور/ منير عبد المجيد

وضع المشكلة :

١ - قضت محكمة

استئناف باريس بتاريخ ٢٤

ابريل سنة ١٩٤٠ بالزام

شركة Messageries Maritimes

بالوفاء بقيمة الأسهم المستهلكة

وفوائدها التي كان المساهمون

يطالبون بها على أساس سعر

الذهب ، رغم أن المشرع الكندي

قد أصدر فيما بعد تعديلا

تشريعيا يقضى بتحريم العقد

وقالت المحكمة أن الشركة

المذكورة قد أخطأت حين

ادعت فيما ذهبت اليه من أن

الخصوم قبلوا صراحة أو

ضمنيا الخضوع للقانون

الكندي ، وأوضحت المحكمة

أن الاتفاقات التي تنص على

الوفاء بالذهب هي قانون

الخصوم ، الذين قبلوا ملقا

عدم خضوع اتفاقهم لأي

تشريع يحتمل أن يؤدي إلى

تخفيض قيمة الدين ، وأنه

يحق لهم في مثل هذا العقد

الدولي النض على شرط

الذهب خلافا للقواعد الآمرة

في القانون الداخلي الذي يحكم
اتفاقهم^(١).

ومضى هذا الحكم ، أن
المحكمة قد أقرت بسلطة
الخصوم في استبعاد العقد
المبرم بينهم من نطاق أي
قانون لاحق على ابرامه .

وحين عرض الطعن في
هذا الحكم على محكمة النقض
الفرنسية انتهت بتاريخ ٢١
يونية سنة ١٩٥٠^(٢) إلى
رفضه ، وتأييد الحكم
المطعون فيه فيما ذهب اليه
من استبعاد التشريع الكندي
الذي يحرم شرط الذهب . إلا
أنها في نفس الوقت أوردت
في أسبابها أن أي عقد دولي
يجب أن يخضع بالضرورة
للي قانون ملائد في دولة
معينة .

وبلاحظ أن ما ذهب اليه
حكم محكمة النقض الفرنسية
من ضرورة خضوع العقد
الدولي إلى قانون دولة معينة
يتعارض - بحق - مع

تأييدها للحكم المطعون فيه
الذي أقر بسلطة الخصوم في
استبعاد التعديل التشريعي في
القانون الكندي الذي يحكم
اتفاق الخصوم ، والخاص
بتحريم شرط الذهب ، وهذا
التعديل التشريعي المستبعد
يترتب عليه - فيما لو كان قد
طبق - تخفيض عملة الوفاء ،
وقيمة الدين ، أي أن الحكم
المطعون فيه أعنتق مبدأ
سلطان الارادة المطلق في
حين أن حكم محكمة النقض
الصادر في الطعن والمؤيد
للحكم المطعون فيه ، نص
على ضرورة اسناد العقد
الدولي إلى قانون دولة معينة
أي أنه اعتد بقانون الارادة ،
الذي يمثل قاعدة الاسناد
الخاصة بالالتزامات التعاقدية
رغم ما هناك من اختلاف
عميق بين مبدأ سلطان الارادة
ومبدأ قانون الارادة على نحو
ما مبثري^(٣) .

٢ - ومع ذلك ، فإن حكم

مبدأ سلطان الإرادة مباشرة في اختيار القانون ، وأن العقود الدولية بمعنى عن تنازع القوانين .

أما النظرية الثنائية ، فيؤيد عزمها Batiffol^(٨) ، وهي تتعارض تماماً مع النظرية الأولى ، وترى أن العقد الدولي يجب أن يخضع لقانون البلد الذي تركز فيه ، وأن الأطراف حتى ولو أعربوا عن إرادتهم فإن دور الإرادة ينحصر في تركيز عقدهم وأن القاضي هو الذي يختار من تركيز العقد القانون الواجب التطبيق ، بمعنى أن إسناده كل عقد إلى قانون دولة معينة يمثل عملية تركيز ، لها خصائص قاعدة إسناده حقيقية^(٩) وأن القانون يتدخل في إطار هذه النظرية بوصفه قانوناً ، أي قراراً من جانب المشرع له قوته الملزمة ، ووزنه الخاص ، مع عدم المساس بما يفرضه من شروط وقيد على حرية الفرد^(١٠) .

وقد أخذ جانب من الفقه على نظرية التركيز أنها تتجاهل الدور الفعال للإرادة الفردية ، وأنها تصبغ على نظام العقد شكلاً موحداً ، ويعتد هذا الفقه بدور الإرادة الصريح^(١١) في

حرية تامة في تحديد القانون الواجب التطبيق مما يؤدي في الغالب إلى تفسير هذا النص بأنه اعتنق النظرية الشخصية *La thèse subjective* ، أو مبدأ سلطان الإرادة الذي يرى أن القانون يعتبر مندمجاً في العقد .

أما السوابق القضائية التي عرضت لهذا النص فهي تشير إلى أن النظرية الشخصية ونظرية التركيز الموضوعية المتعارضتين تبدوان غالباً بالتناوب في فكر القضاة ، وليس من المستبعد أن يكون واضعو هذه المادة قد تأثروا أنفسهم بالنظريتين على التوالي .

٣ - أن أساس المشكلة يرجع إلى التنازع الفلسفي بين الحرية والقانون^(١٢) أو بعبارة أخرى بين النظرية الشخصية ، ونظرية التركيز الموضوعية ، والنظرية الأولى نادى بها الفقه القديم ، وهي ترى أن الإرادة هي قانون الأطراف ، وأن القانون يعتبر مندمجاً في العقد بحيث يتجرد من طابعه كقانون ليصبح شرطاً تعاقدياً ، أسوة بسلطان بدو العقد ، وهي تنكر أي طابع الزامي لتشريع مختص بذاته^(١٣) بمعنى أنها تقوم على

محكمة النقض الفرنسية إذ أكد مبدأ هاماً هو ضرورة إسناده "العقد الدولي إلى قانون دولة معينة ، إنما كان ذلك بمناسبة انعكاس الشك حول مضمون فكرة القانون المحدد بمعرفة الأطراف في عقد دولي ، وأنه بهذا يكون قد القى ضوءاً جديداً على أحكام سابقة ، وسمح في حدود معينة بالإسهام في مشاكل لم يتم حلها بعد^(١٤) .

والمسألة التي ينصب عليها الحكم المشار إليه هي بيان مفهوم القانون الذي يحكم العقد الدولي ، أو بعبارة أخرى ، معرفة ما إذا كان القانون المحدد بمعرفة الأطراف في عقد دولي يتمتع بقوة القانون بالمعنى الدقيق لهذا اللفظ ، أسوة بالقانون الذي يحكم النظام الشخصي أو العيني أم أنه يندمج في اشتراطات الأطراف الذين يثبتون نصوصه أو يحيلون على أحكامه ليكون موضوعاً لاتفاقهم أو شرطاً من شروطهم .

ويمكن أن نسوق على سبيل المثال المادة (٢٥)^(١٥) من النصوص التمهيدية للقانون المدني الإيطالي الجديد ، فهي تترك للأطراف

قانون يدر وجودها . بل أنها
تعد بمثابة القانون الطبيعي
droit naturel الذى يعتبر
مشروعاً فى حد ذاته .

وهذا رأى يمثل عوداً إلى
مبدأ سلطان الإرادة المطلقة
الذى نادى به الفيلسوف Kant
وهو يرى أن الإرادة سابقة
على القانون ، وأن الحقوق
توجد قبل أن يوجد القانون
وهذه النتيجة كانت تنبؤ

طبيعية فى القرن الماضى إذ
يرى Ago أن هذا الاتجاه
يعزى إلى Manchini بشأن
نظريته فى تحديد قانون العقد .

وهى التى تعود فى النهاية إلى
فكرة إدماج القانون فى العقد
أذ اعتد بمبدأ سلطان الإرادة
فى تحديد القانون الذى يحكم
الالتزام (١٨) .

وهذا هو رأى M. Laurent
(١٩) مؤسس فقه سلطان
الإرادة ، إذ يرى أن الأطراف
فى مسائل العقود ، يعتبرون
بمثابة المشرعين لأنفسهم
ولهذا ، فإنهم يتمتعون بحرية
تامة فى تنظيم مصالحهم
الخاصة ، وإذا وضع المشرع
قواعد خاصة بالعقود ، فلا
يعنى ذلك التزام الأطراف
المتعاقدة بها أو التقيد
بأحكامها ، وفى مسألة النظم
تنفذ إرادة الأطراف تماماً ،

المبحث الأول

النظرية الشخصية ، فكرة الامماج ،

تمهيد :

٤ - نعرض لمضمون
النظرية الشخصية والنتائج
المرتبة عليها ، ثم نبين
تطبيقاتها القضائية ، وأخيراً
ننص على ما استهدفت إليه من
نقد :

مضمون النظرية الشخصية أو فكرة الامماج :

٥ - يتم إدماج القانون ،
أما عن طريق ترديد نصوصه
فى صلب العقد ، وأما عن
طريق الأحالة إلى ذلك القانون
بدلاً من ترديد نصوصه .

وامماج القانون فى العقد
مؤداه انصهاره فى شروط
العقد بحيث يصبح شرطاً من
شروطه .

فاذا كان للقانون المحدد
بمعرفة الأطراف -مجماعاً (١٧)
فى الاتفاق ، فانهم يستطيعون
ألا يمجعوا هذا القانون ،
ويعتبرون أن أرائهم وحدها
هى قانون الخصوم . ومؤدى
هذا أن الإرادة فى نظر هذا
الاتجاه يمكن أن تكون ملازمة
بذاتها دون الاستناد إلى أى

حزبة لتحديد القانون الواجب
التطبيق ، وعند انقضاء الإرادة
تجد نظرية التركيز
مكانها (١٦) وأن اختيار القانون
صراحة لا يمثل قاعدة تنازع
ولكنه يمثل قاعدة قانون دولى
خاص مادى ، ومن ثم فإن هذه
النظرية تؤدى إلى الاستبعاد
الجزئى لقواعد تنازع
القوانين (١٧) فيما يتعلق
بالاختيار الصريح للقانون
الواجب التطبيق ، ويطلق على
هذه النظرية ازدواج نظام
العقد .

وفى سبيل إلقاء الضوء
على مفهوم القانون المحدد
بمعرفة الأطراف فى العقود
الدولية ، يتعين أن نعرض
للتطبيقات الخاصة بتحديد
القانون الواجب التطبيق على
العقود ، وهى التى تكشف عن
خاصية القانون المحدد مع بيان
الأسس التى يستند إليها الفقه
فى كل من هذه النظريات
وتطبيقات القضاء بشأنها .
فنستدعى أولاً للنظرية
الشخصية (١٨) أو نظرية
الامماج ، ثم نظرية التركيز
الموضوعية (١٩) ، وأخيراً
نظرية ازدواج نظام
العقد (٢٠) ثم ننتهى ببيان موقف
المشرع المصرى من هذه
النظريات المختلفة ، ونعرض
لكل منها فى مبحث مستقل .

٧ - ان فكرة العقد دون

قانون - وفكرة الانساج ،
تبدوان بمثابة حلين مرتبطين
على نحو لا يقبل الانفصال ،
وهما نتيجة منطقية للسلطة
الممنوحة للأطراف (٢٧) .

وهي اطار هذه النظرية ،
فان الحدود الوحيدة لتدخل
القانون بمعناه الدقيق يتمثل في
النظام العام والقانون الشخصي
لكل من الطرفين فيما يتعلق
بأهليتهم (٢٨) .

ويستند انصار النظرية
الشخصية الى أن هناك من
الانساج ما يدفع الأطراف الى
اخصاع عقدهم لقانون بلد لا
يتصل به للعقد بأية رابطة ما ،
منها الرغبة في تجنب وسائل
تدخل الدولة في تنفيذ العقود
وتفادي القوانين الخاصة
بالرقابة الاقتصادية . وكذلك
الرغبة في خضوع العقد
لقانون محايد لا ينتمي إلى أي
من الأطراف لان الخضوع
لقانون أحد الأطراف يسبغ
على هذا المتعاقد أولوية لا
يمكن اغفالها ، وأخيرا الرغبة
في تطبيق نظم قوى يتيسر
العلم بأحكامه مثل النظام
الانجليزي في السمائل
البحرية (٢٩) .

النظرية تؤدي الى تلاشي كل
فكرة تتعلق بقواعد تنازع
القوانين (٢٥) . استنادا الى ما
للالادة من شبه قوة مطلقة .
وتكون تجزئة القوانين في هذا
النطاق أمرا طبيعيا ، بحيث
ياخذ الأطراف منها ما
يرتضونه فقط ، ويستبعدون
ما لا يتلاءم معهم . وأنه يجوز
لهم الاستناد في ذات الوقت
الى عدة قوانين في العقد .

وهي تؤدي الى تطبيق
أحكام القوانين النافذة وقت
ابرام العقد أو تكوينه ،
مع اقصاء ما قد يطرأ عليها
من تعديل تشريعي أو إلغاء
لاحق .

ومع ذلك يجوز أن يكون
هذا القانون محل تعديل من
جانب الأطراف أنفسهم أسوة
بسائر بنود العقد .

ويحق للأطراف اختيار
القانون الممنج في العقد .
حتى عند انقضاء أية رابطة
موضوعية بين هذا القانون
والعقد (٢٦) .

وأخيرا ، فإنه متى كان
القانون في حكم الشرط
التعاقدى "une disposition
conventionnelle" فإنه لا
يمكن أن يقوى على إبطال
العقد .

والقانون وحده وهو الذي
يسمى ، سواء أكان القانون
الشخصي أم القانون العيني .
أما نظرية الالتزامات في
القانون الدولي الخاص ، فإنها
لا تتعلق إطلاقا بالمركز
القانوني للأشخاص ، أو
الأموال ، بمعنى أن الإرادة
في كل شيء في هذا المجال ،
فالانفاقات هي من صنع
الأفراد ، الذين يحق لهم أن
ينشئوا منها قانونهم
الخاص (٢٠) .

ولهذا يفرق جانب من الفقه
المصري (٢١) بين سلطان
الإرادة مباشرة في اختيار
القانون وما يترتب عليه من
اعتبار القانون في حكم
الشروط التعاقدية ، وبين مبدأ
قانون الإرادة الذي يستند الى
قاعدة اسناد وضعية أى قاعدة
تتأرجح .

٦ - والاختذ بمنطبق
الانساج يؤدي الى اعتبار
القوانين الأمرة اختيارية في
النطاق الدولي (٢٢) . عندئذ
يبدو التشريعات وكأنه قد
انتزع منها عنصرها
القانوني (٢٣) وأن القانون لا
يتدخل إلا لتفسير إرادة
الأطراف (٢٤) .

ومن المؤكد أن هذه

تطبيقات النظرية أو فكرة
الامماج :

٨ - وقد صدر الحكم
الاول من محكمة النقض
الفرنسية في ٥ ديسمبر سنة
١٩١٠ موضحا أن القانون
الواجب التطبيق على العقود
هو الذى تبناه الاطراف .

ومن المعروف فى القرن
التاسع عشر أن غالبية الاحكام
قد جرت على اسناد
الاختصاص التشريعى فى
العقود الى قانون مكان الابرام
أو قانون مكان التنفيذ دون أن
تفصح عما اذا كان هذا
الاختصاص آمرا ، لم أنه
مجرد قرينة يجوز اثبات
عكسها .

هكذا ، فإن الحكم المشار
اليه اذ أكد حرية الأطراف فى
تحديد القانون الواجب التطبيق
على عقودهم ، فإنه محوط
بالشك حول مفهوم هذا
القانون .

وكان الامر يتعلق فى هذه
الدعوى بأهمية شرط عدم
المسؤولية المدرج فى مشاركة
الاجار المبرمة فى الولايات
المتحدة بين شاحن أمريكى ،
ومجهز كندى وقد ثبت وجود
تلف فى البضاعة فى ميناء
الوصول Gandeloupe الكائن

فى الاقليم الفرنسى .

وقد اعتصم المجهز بشرط
عدم المسؤولية واحتج بأن
العلاقة تخضع صراحة
للقانون الأمريكى الصادر من
الكونجرس فى الولايات
المتحدة فى ١٣ فبراير سنة
١٨٩٣ الذى يحظر هذا
الاعفاء ويطلب بالتالى شرط
عدم المسؤولية .

قررت المحكمة أنه يتضح
من روح وبنود اتفاق الخصوم
واستنادا الى قصدهم المشترك
أنهم لم يرتضوا الخضوع
للقانون الأمريكى الا فى
المسائل التى لم يتم ادراجها
صرحة فى مشاركة
الاجار . هكذا أقرت المحكمة
صحة اشتراطات الخصوم
لمجرد الاتفاق عليها وحدها
أخذاً بالنظرية الشخصية
وخلصت فى نفس الوقت الى
أنه يجب تنفيذ الشرط المتفق
عليه فى العقد فى الاقليم
الفرنسى (مكان التنفيذ) حيث
أنه بهذه المثابة يعد شرطا
صحيحا ومع ذلك فإن هذه
العبارة الاخيرة - كما يراها
باتيفول - تعد نموذجيا
ملحوظا لنظرية التركيز
للموضوعى للعقد الذى
استخلصت منه المحكمة
القانون الواجب التطبيق .

ومن الواضح أن هذين
الاتجاهين المتعارضين من:
حيث الاساس (النظرية
الشخصية la thèse de
l'incorporation أى امماج
القانون فى العقد ونظرية
التركيز الموضوعية la thèse
de localisation objective)
تظهران صراحة على التوالى
فى الحكم (٣١) .

واذا كان من المقرر ان
القضاة لم يختاروا بين
الموقفين ، لانهم لم يتوقعوا
هذا التعارض ، فإنه يمكن
القول - كما رأى بعض
الفقه (٣٢) - أن المبدأ الذى
خاص اليه حكم سنة ١٩١٠
هو أن الاطراف - فى عقد
دولى يخضع لقانون معين -
يستطيعون ، حتى ولو ضمنا
أن ينتزعوا اشتراطاتهم فى
العقد من سلطان هذا القانون
رغم أن هذا القانون المحدد
يتضمن نصوصا أمرة .

والحكم الثانى صدر من
محكمة النقض الفرنسية فى
١٥ يناير سنة ١٩٣٥ (٣٣) ،
وكان النزاع يتعلق فى هذه
الدعوى بعقد بيع مبرم قبل
سنة ١٩١٤ بين طرفين
يتوطن أحدهما فى باريس
والآخر فى امستراسبورج وبعد
فترة طالب البائع بفوائد عن

بينه السارى خلال الحرب .

ذهبت محكمة النقض الى تأييد حكم محكمة الاستئناف فيما انتهى اليه من أن الفوائد المتعلقة بهذا الدين الناتج عن توريد بعض المهمات ، الخاضعة للقانون الأجنبي الخاص بزمان ومكان تحرير العقد (سنة ١٩١٤) . بمنأى عن السقوط المنصوص عليه في مرسوم ٢٥ مارس سنة ١٩١٩ على أساس أن هذا المرسوم لا تخضع له الا الفوائد القانونية "interêts" "legaux" التي ينص عليها مرسوم ١٩ أغسطس سنة ١٩١٤ . أما الفوائد موضوع المطالبة والخاضعة لقانون أجنبي ، فانها لا تحمل هذا الطابع ، بل لها طابع اتفاقي أو تعاقدي .

والحكم الثالث صدر من محكمة النقض الفرنسية في ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٨^(٣٤) الذي أعطى لارادة الخصوم امكانية استبعاد القانون اللاحق لانفاهم .

وقد استند هذان الحكمان الأخيران بطريقة مباشرة الى فكرة الامداج .

وأخيرا نشير الى حكم محكمة الريح Reichsgericht في

١٨ مايو سنة ١٩٣٦ عند الفصل في دعوى مشابهة تملأ لحكم Messageries Maritimes المحكوم فيها فقد أوضح ، أن الخضوع المطلق وحده لأى تشريع هو الذى يضمن حكم العلاقة القانونية عند الاقتضاء ، حتى ولو كان ذلك مخالفا لارادة الطرف الاقتصادى القوى ، أو حتى مخالفا لارادة الطرفين وذلك طبقا للمبادئ المشتركة بين الدول المتعدنية .

ويلاحظ أن المحكمة العليا الألمانية في حكمها المشار اليه قد صحتت الاسباب الخاطئة لحكم محكمة الاستئناف (المطعون فيه) حين قالت هذه المحكمة الأخيرة أن خضوع الدائنين لتشريع ولاية New York ليس مسؤولاه خضوعهم لـ Joint Resolution الذى تم نفاذه فى وقت لاحق (المعدل لتشريع ولاية New York) والذى يبطل شرط الذبح^(٣٥) .

ويبين مما تقدم أن الحكم المطعون فيه اعتنق نظرية الامداج فى حين أن المحكمة الألمانية العليا استبعدت هذه النظرية وأكدت ضرورة خضوع العقد على نحو مطلق لقانون دولة معينة . وإذا كانت المحكمة العليا

الألمانية قد اعتنقت نفس الحل من حيث الموضوع فكان ذلك على أساس آخر ، هو ما ارتأته من أن «Joint Resolution» يعتبر مخالفا لهدف القوانين الألمانية تأسيسا على المادة (٣٠) من مقدمة القانون المعنى (أى مخالفا للنظام العام . مما أدى بها الى استعماله لهذا السبب^(٣٦) .

تقدير النظرية الشخصية :

٩ - تبدو مشروعية الامداج فى علاقات العمل بالنسبة لفكرة القانون الاصلاحى للعامل فى نطاق علاقات العمل ، ذلك أنه لما كان مصدر الالتزام بالقانون الاصلاحى هو اتفاق الطرفين ومن ثم ، كان لسلطان الارادة دور غير منكور فى مخالفة القواعد القانونية فى تلك العلاقات رغم صفتها الأمره مادامت هذه المخالفة أكثر فائدة للعامل ، وعلى ذلك اذا اتفق الطرفان فى مصر - وهى مكان تنفيذ علاقة العمل - على اخضاع العلاقة بينهما لقانون أجنبي . فليس ثمة ما يمنع من تطبيق أحكام هذه القانون . لا بوصفه القانون الذى يحكم المسألة . ولكن باعتباره أن أحكامه التى تعدت بمصلحة العامل تعتبر شروطا أفضل اتفق عليها

الاطراف في عقدهما ، كما اذا كان هذا القانون الاجنبى يقرر للعامل علاوة غلاء اضافية أو منحة سنوية أو رعاية طبية تزيد على الاجازات والرعاية المقررة . فى قانون . مكان التنفيذ .

ولما كان القانون الاصلح ليس هو القانون الذى يحكم العقد أصلاً ، ومن ثم ، فإن ادماجه فى العقد يجعله بمنزلة الشروط التعاقدية ويأخذ حكمها ، ونظل العلاقة محكومة بهذا القانون مع اقصاء ما قد يطرأ عليه من تعديل تشريعى أو إلغاء فى تاريخ لاحق على ابرامها أو تكوينها وكذلك امتداد قواعد الاسناد التى تنتمى الى التنظيم التشريعى ، الذى يتضمن هذا القانون ، لأن القول بخلاف ذلك يهدر مصلحة العامل التى

قصد الوصول اليها ، والتى تحدثت بالنظر الى مضمون معين وقت التعاقد ، فيكون من الملائم عدم الممان بهذه المصلحة نتيجة لتدخل المشرع حتى لا ينتهى الامر الى تطبيق قانون آخر لم تنصرف اليه نية الاطراف ، مما يؤدى فى هذا الصدد الى فكرة الثبات التشريعى ،^(٣٧) أو تجميد القانون فى الزمان ،^(٣٨) ولكن هذا

القانون من ناحية أخرى ، يمكن أن يكون محل تعديل أو اختيار لقانون آخر مغاير من جانب الاطراف انفسهم فى أى وقت أسوة بسائر بنود العقد ، بل وفى أى مرحلة من مراحل الخصومة أمام قاضى الموضوع .

١٠ - وفى إطار التحكيم لما كان المحكمون يعتدون الى حد كبير بارادة الاطراف ، كان طبيعياً أن يقر التحكيم الدولى حرية ائماج القانون المختار . دون قيد وحرية تعديل هذا الاختيار خلال اجراءات الدعوى وذلك بهدف تحرير عقود التجارة الدولية من سلطان المفاهيم الإقليمية للقوانين الوطنية واستبعاد مشكلة تنازع القوانين .

١١ - مع ذلك لم تعلم النظرية من النقد ، فقد ذهب أنصار المذهب الموضوعى الى أنه ليس صحيحاً ما ركزت اليه النظرية الشخصية من أن إخضاع العقد الى قانون لا يرتبط بالعلاقة قصد به الابتعاد عن وسائل تدخل الدولة فى موضوع العقود وتفاى قوانين الرقابة الاقتصادية . ذلك أنه لا يمكن تصور محاكم أى بلد تسمح بمخالفة القواعد الخاصة

بالصادرات أو برقابة النقد بمجرد الاشارة الى قانون أجنبى ، ومن الخطأ الاعتقاد أنه بمقتضى شرط تعاقدى ، يمكن التخلص من قوانين البلد الذى توجد فيه البضاعة ، أو الذى يجب أن تتم فيه المدفوعات^(٣٩) . فهذه المجالات التى تخص الامن الهامة لمصلحة الاقتصاد الموجه لا تترك مجالاً حراً لارادة الاطراف^(٤٠) ، بحيث لم يعد مسموحاً به القول بأن قانون الالتزامات هو قانون ارادى ، فقد أصبح هذا القانون كائى فرع من فروع القانون الخاص (ما عدا حالة الاشخاص التى تكاد تكون جميعها أمره) اتخاذ بين القواعد الكاملة والقواعد الأمرة^(٤١) .

ومن هذا المنطلق ، فإن خضوع العلاقة التعاقدية لنظام قانونى معين ، ينصرف الى النظام بزمته بما فيه نصوصه الأمرة الداخلة فى نطاق قانون العقد^(٤٢) .

واستناداً الى ذلك ، يجب أن تقدر مشروعية العقد طبقاً للنصوص الأمرة التى تحد من حرية الاطراف فى الوسط القانونى الذى يعتبر العقد مندرجاً فى إطاره^(٤٣) . وهذا

النظام يحتفظ بإمكانية تقرير بطلان العقد^(٤٤).

١٢٠ - أن ترك الامر للأطراف لاختيار القانون الذي لا يرتبط بالعقد برابطة قوية يعد إخلالا بمبدأ المساواة في المراكز القانونية المتماثلة وبعد مدعاة لتحكم الطرف القوي في الطرف الضعيف.

١٣ - ومنطق سلطان الإرادة أو الانماج ، يفصل أن الإرادة الحرة التي تعتبر الأصل في موضوع التصرفات القانونية ليست الا مبادئ حددها المشرع ووضع لها ضوابطها ، كما يتجاهل أن الإرادة الفردية لا تستمد فعاليتها الا من القانون ذاته . بل أنها لا تنتج آثارها الا اذ اعترف بها القانون^(٤٥) وأنه لا يوجد في اطار التصرف القانوني نظرية للقوانين الآمرة ، وأخرى للإرادة الحرة ، بل توجد نظرية واحدة تتمثل في تنظيم الإرادة في حدود القانون^(٤٦).

وهنا لا يمكن الاعتراف للقانون الطبيعي بنور مواز للقانون الوضعي ، ولا يكون للقانون الطبيعي من دور سوى تبرير القانون الوضعي في مبادئه العامة^(٤٧).

وعلى ذلك ينبغي عدم المساس بالقوة التي يبغها المشرع على أي قانون^(٤٨) ، فكيف يمكن أن يحكم على المدين بالزامه بالوفاء بالدين اذا لم يسمح القانون بذلك^(٤٩) وكذلك كيف يمكن قبول شرط الوفاء بالعملة الأجنبية ، واعتباره صحيحاً طبقاً للقانون المطبق على العقد . اذا كان قانون مكان الوفاء يتعارض معه ، ويفترض استبدال الدين بالعملة المحلية^(٥٠).

١٤ - وفيما يتعلق بما ذهب اليه أنصار النظرية الشخصية من أن القانون لا يتدخل الا لتفسير إرادة الأطراف . يرى Batiffol^(٥١) أن هذه القواعد القانونية التي تنظم العديد من المسائل الاختيارية في نطاق الالتزامات ، تحكم هذه المسائل ، بما لها من قوة ملزمة عند غياب الإرادة أو عدم كفاية التعبير عنها فكيف يمكن القول بأن هذه القواعد تتدخل لتفسير إرادة متفقية لا وجود لها .

١٥ - أما فكرة اختيار القانون المحايد التي تمسك بها المذهب الشخصي . فإن الظاهرة المتعارف عليها هي القاضي أو المحكم المحايد .

وهذا يعتد المذهب الموضوعي بمشروعية الاتفاق المانع للاختصاص لجهة قضاء معينة استناداً الى قيام رابطة بين المحكمة والنزاع . وهو ما يشكل اسناداً قد يعتبر مبرراً لتطبيق قانون هذه الجهة ، وأن مسألة الرغبة في تطبيق نظام قانوني قوى مثل القانون الانجليزي في المسائل البحرية يتيسر العلم بأحكامه فان المذهب الموضوعي يرى أن هذه الحجة لا تطابق الواقع ولا تستحق تأييداً ينكر ، وليس أدل على ذلك أن مسائل الطلاق في مدينة « رينو » والاساطيل التجارية لولة « سيبيريا » وشركات « طنجة » ، تعطى انطباعاً بأن القواعد المخصصة لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية بها تتسم بعدم الجدية^(٥٢).

١٦ - واذا كانت الحرية تتطلبها عقود التجارة الدولية في قضاء التحكيم ، ومع ذلك فإن التحكيم يعتبر عنصراً مخفياً لتنازع القوانين وليس عنصراً لاختفائه تماماً ، فكما أن عقود الافراد لا يمكنها سلفاً أن تتوقع كل شيء ، فإن عادات المهنة عاجزة بدورها عن حل جميع المشاكل التي يمكن أن تثار أمام المحكم ،

والمحيطة بظروف التعاقد وموضوعه^(٥٣) وذلك حماية للمصالح الاقتصادية والاجتماعية في هذا المكان .

ومن ثم يجب أن تعبر الإرادة عن مركز الثقل في العلاقة ، فإذا انصرفت إلى قانون بعيد عن مركز الثقل فيها ، أو لا يمت لها بصلة ما ، فإنه لا يعتد بها لأنها لا تكون قد حققت الهدف المقصود منها ، وهو تركيز العلاقة في المكان الذي ترتبط به فعلا . وعندئذ لا يخطئ القاضى عند تصحيح اختيار الخصوم ، حتى ولو كان صريحا ، وذلك برد العلاقة إلى مقرها الصحيح عن طريق تحديد المكان الذي يتحقق فيه المضمون المميز للالتزام التعاقدى^(٥٤) ، وله في سبيل ذلك وزن الدلائل المختلفة وتقديرها بقصد الوصول في كل حالة إلى التركيز الفعلي للعلاقة وهذه الرابطة بين العقد والقانون المختار قد تتعلق بجنسية المتعاقدين ، أو بمكان تنفيذها ، فستطبع المنشأة الألمانية والعامل السويسرى اللذان أبرما عقدا لتنفيذها في النمسا ، أن يختارا القانون الألمانى أو السويسرى أو النمساوى ، وليس لهما اختيار القانون

العقد مثل عقد العمل والتأمين على الحياة التى تتكاثر فيها قوانين البوليس وتشريعات القانون العام . وتعتبر محل تنظيم دقيق فى القانون الداخلى . ومن ثم يكون تركيزها عن طريق تحديد العنصر المميز أو مركز الثقل فيها أمرا ميسورا ، ويتعين فى شأنها خضوعها لقانون يرتبط بها ارتباطا وثيقا ، وهذا هو ما يتجه إليه أنصار نظرية التركيز الموضوعية .

المبحث الثالث

نظرية التركيز الموضوعية

تمهيد :

١٩ - يجب التعرض ، فى إطار نظرية التركيز ، إلى ثلاثة مسائل على التوالى . فنتناول دور الإرادة فى هذه النظرية ، ثم تطبيقها وأخيرا تقدير النظرية .

دور الإرادة فى النظرية :

٢٠ - تجد هذه النظرية أساسها فى أن إرادة الأطراف لا تقوم فى الحقيقة باختيار قانون معين ، وأن وظيفة الإرادة هى تركيز العقد فى مكان محدد . أى تحديد مقر العقد وفقا للعناصر الواقعية المرتبطة به ارتباطا وثيقا ،

ومن ثم فإن الطابع الغير متكامل لـ Lex Mercatoria وعجزه عن التطرق لبعض المجالات التى تحتفظ فيها الدولة بسلطانها التشريعى وعلى الاخص بالنسبة للقواعد الأمرة سواء بالنسبة للمحكمن أو الأطراف ، يؤكد بصورة قاطعة أن تنازع القوانين لا يمكن أن يستبعد تماما فى المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية . ومن هذا المنطلق ، يجد المحكم فى القانون الوضعى العناصر التى تمكنه من حل أى مشكلة جديدة .

١٧ - وإذا كان من الممكن وجود علاقة بمعزل عن الخضوع لأية قاعدة قانونية ، فلماذا إذن يجتهد المشرعون فى وضع هذه القواعد . على الاخص تلك القواعد الأمرة ، التى يجب أن يرتبط بها الأطراف شاءوا أو لم يشاءوا ، وهذه القواعد الأمرة تتحقق فى مكان تكوين العقد وفى مكان تنفيذها على حد سواء . ومخالفة القواعد المشار إليها ، لا شك أنه يتعارض مع القصد من تشريعها .

١٨ - إن الحرية التى ينادى بها أنصار المذهب الشخصى لا تنفق مع كثير من

الانجليزي^(٥٥) ذلك أنه عندما يتحقق أى عقد حتى ولو دولياً - ويتمتع بحرية أوسع مما يتمتع بها العقد فى القانون الداخلى - ويجب اعتباره قبل كل شيء واقعة اجتماعية لا تنفصل عن وسط معين ولا تستطيع الخلاص منه^(٥٦). وهذا ما اعتنقه المشرع البولندى حين نص فى المادة ٣٥ من القانون الدولى الخاص، بأن للاطراف اخضاع علاقات العمل التى يرتبطون بها للقانون الذى يتفقون عليه بشرط أن يكون على صلة بهذه العلاقة^(٥٧).

ويجب القول بأن التركيز كثيراً ما يعمل طابعاً إقليمياً عندما تتم عملية التركيز عن طريق توافر عناصر مادية تسمح باسناد العلاقة فى مكان معين^(٥٨). وفى هذا يشير «موتيسكى»^(٥٩) أن عملية التركيز هنا تقوم على اسناد العلاقة الى «حيز مكانى» ولكن ذلك لا يعنى أن اعمال نظرية التركيز يؤدى حتماً وبالضرورة الى فكرة الإقليمية. فعندما يتم الاعتماد فى اجراء التركيز على عناصر خارجة عن نطاق العقد أكثر من عناصره الداخلية، فإن

التركيز يبتعد عندئذ عن الطابع الاقليمى ليصبح تركيزاً ذهنياً^(٦٠)، بحيث يعبر عن العلاقة أو الرابطة التى تقوم بين العقد ونظام قانونى معين. وهذا هو ما دفع جانباً من الفقه^(٦١) الى القول بأن للتركيز يؤدى الى ميلاد قاعدة تنازع ذات طبيعة خاصة.

ولا شك أن انكار دور الارادة - طبقاً لهذه النظرية - فى اختيار القانون، يؤدى بالتالى الى استبعاد فكرة الانماج المؤسسة على سلطان الارادة.

وهذا النظام يحتفظ للقانون المحدد بطابع القانون، كما يعتد باختصاص هذا القانون للعقد برمته، دون تمييز بين الموضوعات الأمرة أو المكملة، وقد قصد به تفادي تجزئة العلاقة الواحدة بين عدة قوانين. وهذه التجزئة يجوز أن تؤدى الى نتائج غير مترابطة^(٦٢) وتخلق اضطراباً فى النظم التشريعية، وهى لا تقبل فكرة الانماج، الا فى المجالات التى يكشف القانون المحدد من الاطراف بأنها ذات طابع اختياري^(٦٣).

ويشير لنصار هذا الاتجاه الى أن اختيار الاطراف متى

انصب على تركيز العقد فى مكان معين، فانهم يكونون قد ارتضوا سلفاً الخضوع للنظام التشريعى بكل ما يصيبه من تعديلات. ولهذا فانهم يلتزمون بأن يتحملوا جميع آثار التعديلات التشريعية ونتائجها^(٦٤). إذ أن قبول الاطراف للقانون المحدد دون الاعتداد بهذه التعديلات التشريعية، مؤداه أن العقد سوف لا يخضع لقانون دولة معينة ابتداء من هذا التعديل^(٦٥).

٢١- ويرى جانب من الفقه^(٦٦)، أن القانون الانتقالى الداخلى يعرف مبدأ اتباع القانون القديم فى مسائل العقود. وهذا المبدأ يسمح ببقاء العقود خاضعة للقانون القديم فى المعاملات. وهو ما يؤدى الى الامان القانونى. ويصون توقعات الاطراف المشروعة، إذ أن المشكلة ليست متعلقة بتنازع القوانين فى المكان، ولكنها ترتبط بتنازع القوانين فى الزمان، وتحل بتطبيق القانون الانتقالى، وأن مشكلة القانون الدولى الخاص تنتهى بمجرد تحديد القانون المختص. سواء عن طريق التفسير الموضوعى للقاضى أم عن

الأم الكندية ، ولم يعدد الحكم باتفاق الاطراف على تطبيق القانون الالمانى . وهذا يدل على أن المحكمة أملت نظرية التركيز ، فاستبعدت اختيار الاطراف الصريح للقانون المختار باعتبار أنه لا يعبر عن حقيقة المكان الذى يتعين منه تركيز علاقة العمل ، وردت العلاقة الى مكان التنفيذ فى بلجيكا ، وهو المكان الصحيح الذى يتحدد به القانون المختص بحكمها .

وتصادف كذلك اعمال نظرية التركيز ، فى وضوح ، فى حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٩ ديسمبر ١٩٦٠ (٧١) ، وبين من مدوناته أن الاطراف فيه كانوا قد اختاروا القانون التشيكوسلوفاكى لحكم علاقة عمل تمثيل تجارى بين ممثل تجارى ومشروع تشيكوسلوفاكى ، وكان الممثل التجارى يمارس نشاطه فى فرنسا ، حيث كان يتوطن بها أيضا . ورغم الاختيار للصريح للقانون التشيكوسلوفاكى من جانب الاطراف ، فقد استبعدت المحكمة ، وطبقت القانون الفرنسى بوصفه قانون مكان التنفيذ ، أى مكان تركيز علاقة العمل . وقد قضت الدوائر المجتمعة لمحكمة استئناف

فيه شروط التعاقد وتقاضى فيه المنسوب التجارى عمولاته المستحقة ، حال أن الشركة كانت قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بتطبيق القانون البلجيكى ، الذى يحرم المنسوب من التعويض عند فسخ العقد (٦٨) .

وكانت محكمة النقض قد رددت هذا المبدأ فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٩ يونيه ١٩٧١ ، الذى قضى بأن قاضى الموضوع يملك دون معقب تقدير الظروف التى تحدد تركيز العقد لاستخلاص القانون الواجب التطبيق . وقد قام Kahn (٦٩) بتحليل هذا الحكم ، وخلص منه إلى أن محكمة النقض تتجه نحو تبني فقه « باتيفول » إذ لم يفرق الحكم من حيث التركيز بين الاعراب عن الارادة وانتقائها .

ويهم فى هذا الخصوص ، الاشارة الى حكم محكمة استئناف بروكسل فى ١٧ مارس ١٩٧٢ (٧٠) إذ خلص الى تركيز علاقة العمل فى بلجيكا ، وطبق القانون البلجيكى بوصفه قانون مكان التنفيذ ، حيث كان المستخدم الالمانى الجنسية يدير شركة وليدة فى بلجيكا تابعة للشركة

طريقى المنهج الشخصى لارادة الطرفين ، بمعنى أن الحل المستمد من تطبيق القانون الانتقالى يعتبر صحيحا أيا كان مصدر القانون المطبق - سواء باختيار الاطراف أو عند تخلف هذا الاختيار ، وأن مبدأ اتباع القانون القديم يرد عليه استثناء فى القانون الفرنسى ، عندما يقرر المشرع التطبيق الفورى للقانون الجديد على العقود السارية بسبب أهدافه العامة . ولهذا يجب أن يعرب المشرع الاجنبى عن قصده صراحة فى المماس بالعقود السارية .

ومع ذلك ، يجب رفض مبدأ الاثر الرجعى للقانون المننى الذى يكون مشوبا بالتعسف استنادا الى فكرة النظام العام فى فرنسا .

تطبيقات نظرية التركيز :

٢٢ - وتطبيقا لنظرية التركيز ، أيدت محكمة النقض الفرنسية (٦٧) فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٥ مارس ١٩٨٠ محكمة استئناف Douai فيما ذهب اليه من الاعتداد بتركيز عقد العمل وتطبيق القانون الفرنسى بوصفه قانون المكان الذى تم فيه التنفيذ ، وهو أيضا القانون الذى قبلت

رقابتها على صاحب الحق عند ممارسة هذا الحق أو التصرف فيه ، وهو ما يستتبع تعدد أمكنة هذه المراكز ، مما لا يمكن معه بسهولة أن تختار من بينها مكان المركز الرئيسي أو الأصلي .

وقد عالج الفقه تركيز هذه الحقوق . فأوضح أنه عندما يتعين تنفيذ التزام محدد في مكان معين ، مثل التزام الممثل بالظهور في مشهد معين ، فإن حق الدائن يكون كأننا في مكان التنفيذ المذكور . وفي حالة الالتزام بالامتناع عن عمل ، فإن الحق يعتبر كأننا situs في كل مكان يمرى فيه الحظر ، سواء في إقليم بلد معين بأكمله أو في جزء من هذا الإقليم ، أو في كل أقاليم العالم^(٧١) .

هكذا يتحدد مركز الحقوق في كل مكان يتم فيه حمايتها في الحدود التي تنطوي فيها على التزامات بالامتناع عن أعمال تشكل ضررا للفرد صاحب الحماية ، وعلى ذلك ، فإن الحقوق المتعلقة ببراءة اختراع أو علامة مصنع تعتبر كأنها في إقليم الدولة أو الدول التي يمرى فيها الحظر المتعلق بمنع الغير من صناعة وبيع الشيء المخترع أو

الخصوص وخلصت إلى بحث الاداء المميز في العقد لاستخلاص القانون الواجب التطبيق كما اعتنق الحكم الثاني بدوره هذا الاتجاه في دعوى طبقت فيها المحكمة القانون الألماني على عقد منح فيه شركة انجليزية إلى شركة طباعة ألمانية حق امتغلال ترجمة مؤلف انجليزي في ألمانيا ، اعتبرت أن تنفيذ العقد في ألمانيا يشكل الالتزام المميز للعقد في شأن تركيزه .

الانتقادات الموجهة إلى نظرية التركيز :

٢٣ - يرى جانب من الفقه^(٧٢) أنه إذا كان قانون مركز الاشياء يسهل الكشف عنه كما هو الحال بالنسبة لمركز العقار ، فإن الأمر بالنسبة لمساكن الحقوق ، وعلى الاخص بالنسبة للمعاملات غير المادية يصعب تركيزها في إقليم معين مثل الحقوق التي ترد على الانتاج الذهني . والعلامات التجارية ، وبراءة الاختراع^(٧٣) . وأن مركز الاشياء يحتمل متولات مختلفة ، منها مكان تحققها ، أو مكان حمايتها القانونية ، أو مكان الاعتراف بها ، أو المكان الذي تستطيع فيه السلطة العامة أن تفرض

Amiens في ٢٥ مايو سنة ١٩٧٠ - في دعوى تثير مشكلة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة في الجزائر قبل الاستقلال بأنه عند انتفاء الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق من جانب الاطراف على انفاقهم ، فإن قاضي الموضوع يملك البحث في عناصر الدعوى الاسامية عن القانون الذي قصد الاطراف أن يخضعوا له شروط وأثار عقدهم ، وأنه بتطبيق هذا المبدأ يكون القانون الجزائري هو المختص بحكم الالتزام ، وأوضحت المحكمة أنه طالما كانت القوانين المحلية أمرة ، فإن القوانين الجزائرية المتعلقة بتأميم بعض المشروعات : لها بالضرورة أثرها الاقتصادي على الاتفاقات المركزة موضوعيا في الجزائر ، بحيث أن العقود المبرمة من الشركة قبل التأميم تخضع لهذه القوانين من حيث نطاق التطبيق الاقليمي المركزة فيه^(٧٤) . كما صدر حكمان^(٧٥) أولهما من المحكمة الفيدرالية السويسرية والثاني من المحكمة الفيدرالية الألمانية ، أوضح الحكم الاول أن المحكمة ليست ملزمة باتفاق

استعمال العلامة في حدود دولة معينة^(٧٧).

وبالنسبة لحق المؤلف ، فان المكان الذى نشر فيه المصنف للمرة الاولى ، يتركز فيه الحق ، ويبرى عليه قانون هذا المكان ، ففى هذا المكان تتكشف القيمة الذاتية للمؤلف ويصبح مالا يحق لصاحبه وللغير أن يستفيدوا منه .

ويعتبر مقر المركز أكثر تحديدا بالنسبة للحقوق الناشئة من شرط عدم المنافسة مثل حظر ممارسة تجارة فى ذات المدينة^(٧٨) ويتمتع قانون المقر المشار اليه بمزية مراعاة مصالح الاطراف ومصالح الغير فى نفس الوقت لأنه يمثل العنصر المشترك المعروف للكافة ويمكنهم من التمسك به^(٧٩).

٢٤ - وقد يؤخذ على هذه النظرية ، أنها اذ تمنح القاضى سلطة تصحيح التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق ، استنادا إلى أن الاختيار الصريح للقانون قد ينتفى معه قيام ثمة ارتباط بينه وبين العقد فانها تؤدى الى الاخلال بتوقعات الاطراف وتهدر ثبات العقد واستقراره الذى يعد بالدرجة الاولى من أهداف القانون .

ويرى باتيفول ان الثبات الكامل ذو الطابع الحسابى مستحيل قانونا فى معظم الاحيان ويكاد يكون غير مرغوب فيه ، ذلك ان التركيز يتطلب بعض المرونة ويستلزم عنصر التقدير الشخصى بالاضافة الى أن الحل الجلمد لا يتماشى مع اختلاف الحالات^(٨٠) التى يجب بحث كل منها على حدة .

٢٥ - كما استهدفت نظرية التركيز أيضا لانتقاد آخر مؤداه أن هذه النظرية المؤسسة على منح النظام التعاقدى شكلا أو تنظيما موحدا قد يتجاهل ارادة الاطراف الصريحة عند التعبير عنها بحجة امتبعاد التمسك الناتج من فكرة استقلال الارادة^(٨١).

وفى هذا يرى M. Louis Lucas^(٨٢) أن التركيز يعد فى الواقع حيلة لتشويه الحقيقة Une subtilité déformatrice فقد يفتأ الاطراف بأن اتفاقهم ينحصر فى تركيز معين ، يعجزون عن ادراك مضمونه ، لانهم قصدوا أمرا أكثر وضوحا عنما اختاروا بأنفسهم ، ويطريق مباشر ، النظام الذى يحكم عقدهم .

وأنه لا يوجد ما يدعو الى الاعتراض على استعمال الاطراف لحيثهم فى الاختيار ، وإذا كان هؤلاء الاطراف يقدرون ان قانونا معينا يتلاءم تماما مع العملية التعاقدية التى أبرموها ، فليس من العدالة فى شىء تقييد الارادة أو استبعادها وينبغى تبعا ، أن يستفيدوا من الحرية التامة للاختيار المباشر حتى لصالح قانون دولة لا يرتبط بها العقد بأية رابطة موضوعية ، والقول بغير ذلك ، يشكل تمسعا لا يمكن قبوله ، وهذه السلطة المعترف بها مباشرة للارادة الفردية ، تستبعد فكرة ان الاطراف يركزون عقدهم الذى يستخلص منه القاضى القانون المختص ، وأنه عند اختيار هذا القانون يجب تطبيقه برمته دون امكان استبعاد النصوص الأمرة منه ، وان فكرة التركيز المستبعدة لا تستبعد كيانها الا عند انتفاء الاختيار الصريح للقانون المختص^(٨٣).

كما يرى Rabel^(٨٤) أنه لا ينبغى أن نمائل بين اختيار الاطراف الصريح للقانون الواجب التطبيق وفكرة التركيز ، ذلك ان الاعتداد

وقد استقر قضاء المحكمة الفيدرالية السويسرية على حق الأطراف في اختيار القانون في أى وقت، بل وفى المرحلة الأخيرة من التقاضى أمام قاضى الموضوع .

وقد أيدت محاكم الدول الاشتراكية مثل بولونيا، ورومانيا هذا الاتجاه، وعلى سبيل المثال، فقد اعتدت هيئة التحكيم المختصة بمسائل الملاحة البحرية والنهرية فى Odynia ١٨ يوليه سنة ١٩٦٢ بأقرار الخصوم فى الجلسة واعتبرته بمثابة تسهيل للاختيار السابق خصوصه^(١٢) .

وفى القضاء الفرنسى، يتضح من الحكم الصادر من الدائرة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية فى ٢٨ يونيو سنة ١٩٥٩^(١٣) أنه أعتد بموقف الخصوم خلال الدعوى، مبينا ان أحد الخصمين تمسك ببعض نصوص القانون المدنى الفرنسى دون أن يبدى خصمه الآخر ثمة اعتراض ما، مما استخلصت منه المحكمة القانون الواجب التطبيق .

ولا شك أن هذا الاتجاه يستند الى أن ما أنشأته الارادة - متى اعترفنا لها بدور فعال - تستطيع الغاء أو تعديله .

الصريح، الاختيار الضمنى أو المفترض ذا الطابع التوهمى أو الخيالى، لأن الارادة لما أن توجد أو لا توجد .

٢٨ - واختيار القانون فى هذا الصدد لا يعد قاعدة تنازع قوانين، بل يعد قاعدة قانون دولى ماضى، خاص بالعلاقات الدولية وهى متميزة عن قاعدة تنازع القوانين .

« وتمثل قاعدة القانون الدولى الماضى الحرية الممنوحة للأطراف فى العقود الدولية وتعد المصدر القانونى لسلطة الأطراف المشار إليها^(١٤) .

والتعبير المجرد عنها يكمن فى اتفاق الطرفين الذى يشكل « الاختيار القانونى^(١٥) » وهو اتفاق مجرد من أى اجراء شكلى^(١٦) . ويطلق عليه « عقد الاختيار^(١٧) » .

وعقد الاختيار متميز عن « العقد الاصلى^(١٨) » تماما . ويمكن حصوله فى أى وقت فقد يتم فى لحظة إبرام العقد الاصلى، ويكون غالبا مدرجا فيه، وقد يتم فى الفترة اللاحقة على إبرام العقد الاصلى، حتى ولو كان ذلك بطريق تبادل المراسلات .

بنظرية التركيز فى هذا الخصوص يلغى دور الارادة فى القانون الدولى الخاص ويهدرها مما يتعين معه بيان نظرية ازدواج نظام العقد .

المبحث الثالث

نظرية ازدواج نظام العقد

٢٦ - اتجه جانب من الفقه^(١٩) الى أن مجرد الاختيار الارادى والصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد لا يعتبر عملية تركيز، وأن التركيز لا يكون الا فى حالة انقفاء الاختيار الصريح للقانون .

وعلى ذلك يجب التمييز فى اطار هذه النظرية بين فرضين :

٢٧ - الفرض الاول : هو أن الخصوم أعربوا عن اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على العقد بوضوح، مما يشير الى أنهم على علم وبراية بالمشكلة، ورأوا أن حلها إنما يتم عن طريق هذا الاختيار المجرد^(٢٠) .

وهنا لا نجد لفكرة التركيز محلا، ويتمين استبعادها، إذ تعتبر غير ذات موضوع ومجفة، وتؤدى الى اللبس، والخلط، لانها تدخل دون تمييز بجانب الاختيار

المختلفة ، وتقديرها بقصد الوصول في كل حالة الى التركيز الفعلي للعقد .

وعلى العكس ، فان بعض التشريعات كالتشريع الايطالي ينص على نظم اسناد امره وعلامة ، مؤسسة على قرآن متشابهة لمختلف العقود مثل القانون الوطنى المشترك ، وقانون مكان الابرام .

وأخيرا ، فقد اعتنقت بعض التشريعات الاشتراكية نظاما وسطا ينحصر في تحديد سلسلة من نظم الاسناد التى تشكل عددا من القرائن القانونية للتركيز ولكنها تتلام مع طبيعة كل نوع من العقود ، وأحيانا تتمشى مع الظروف التى أبرم فيها العقد وهذا النظام ينطبع ببعض المرونة .

٣٣ - ولكى تقترب عملية التركيز (الاحياطية) بقدر الامكان من الاختيار الصريح (القاعدة الاصلية) يجب أن تشترك معها فى هذه الخاصية الاسامية وهى الملاءمة مع ظروف الدعوى^(١٧) . وبذلك فان تحديد القانون الواجب التطبيق لا يترك لتعسف

والاختيار الصريح ، فانهم يرون استبعاد اعمال نظرية الغش نحو القانون^(١٥) التى تقرض وجود قانون ينطبق بصفة موضوعية ، وأنه يجب البحث عن هذا العلاج فى تحفظ النظام العام^(١٦) .

٣٢ - الفرض الثانى : لا يتدخل التركيز الا عندما يقف الخصوم من الاختيار موقفا سليبا ، أى عند انتفاء الاختيار الصريح فقط . بمعنى أن التركيز - بالنسبة للقاعدة الاسامية - وهى حرية الاختيار - يمثل حلا احتياطيا .

ويتم التركيز فى الافتراضات التى لم يتوقع فيها الخصوم المشكلة . أو فى الفروض التى يكون فيها الخصوم على دراية بالمسألة . ولكنهم لم يتوصلوا الى اتفاق بشأنها ، وعندئذ يعتبر أنهم قد عهدوا بها الى شخص من الغير . هو المشرع ، أو القاضى أو المحكم .

وهذا التركيز يتفاوت من حيث تعدد صوره طبقا لتنوع التشريعات أو اتجاهات القضاء بشأنه ، فهناك نظام القانون الفرنسى ، يترك للقاضى مهمة وزن الدلائل والقرائن

ولكن يشترط فى حرية الاختيار أن تكون اولدة الخصوم - أسوة بأى عقد آخر - قد تطلبت على اقراره

٢٩ - وحرية الاختيار لا تستلزم وجود رابطة موضوعية بين النظام القانونى المختار والعقد المتنازع عليه ، لان النظام الذى يتطلب الرابطة الموضوعية مستوحى من نظرية التركيز التى تهدر الارادة وتؤدى الى انكار وظيفتها ، مما يخالف أحكام القانون الوضعى ومتطلبات الحياة الدولية ، وعلى الاخص فى علاقات التجارة الدولية .

٣٠ - وتقدر صيغة الاتفاق الذى يتم بموجبه اختيار القانون الواجب التطبيق على ضوء كل من قانون القاضى الذى يستمد منه مبدأ الاتفاق ذاته ، والقانون المختار - الذى يحدد الشروط اللازمة لقيام رضاء صحيح^(١٨) .

٣١ - ويضيف أنصار نظام ازواج العقد أنه اذا كان الاعتراف بالحرية المطلقة يسمح للخصوم باستبعاد النصوص الآمرة للقانون الذى يطبق على العقد فى حالة

القاضي وهذا التحديد يتمشى مع موقف القضاء الانجلوسكسونى الذى يميل الى البحث فى كل دعوى على حده عما كان يقصده المتعاقدون العقلاء نوو الفطنة^(٩٨).

تطبيقات نظرية ازواج نظام العقد :

٣٤ - واستنادا الى الحرية المطلقة للاختيار، جرت العادة فى هذا الصدد الى الاشارة الى حكم المحكمة العليا الانجليزية^(٩٩) فى ٣ يناير سنة ١٩٣٩ التى أخذت باختيار الاطراف للقانون الانجليزى المدرج فى عقد محرر بين شركة مسجلة فى ولاية نيويورك وشركة كندية بخصوص عملية نقل من New Terre الى York.

وأكدت محكمة ليموج^(١٠٠) فى حكم حديث لها نسبيا - حرية الاطراف دون أى قيد فى اختيار النظام القانونى الوطنى الذين يرغبون فى اعتناقه .

وأثناء تدوين اتفاقية لاهى استبعد الاتجاه الذى أثارته وفود عديدة - وعلى الاخص

الوفد الايطالى المعارض لحرية الاطراف المطلقة فى الاختيار، استنادا الى أن تقييد هذه الحرية أو الحد منها يؤدى الى عرقلة التجارة الدولية .

وفى شأن عملية التركيز الاحتياطية عند انتفاء التعبير الصريح عن الارادة، حكمت محكمة النقض الفرنسية فى ٦ يولييه سنة ١٩٥٩ من أن البحث عن القانون الواجب التطبيق أو بمعنى آخر اعمال قاعدة التنازع لا يجد محلا الا بعد ثبوت انتفاء ارادة الخصوم الصريحة^(١٠١).

وبالرجوع الى المادة السامسة من اتفاقية جنيف المبرمة فى ٢١ ابريل سنة ١٩٦١ الخاصة بالتحكيم التجارى الدولى، نجد أنها تنص على أنه فى حالة عدم اشارة الخصوم الى القانون الواجب التطبيق، يطبق المحكمون القانون الذى تحده قاعدة التنازع^(١٠٢).

الانتقادات الموجهة الى نظرية ازواج العقد :

٣٥ - وفى الحقيقة، يمكن القول بأنه من العمير وضع

خط فاصل بين الاختيار وانتفاء الاختيار . اذ يمكن أن تتحقق بين الارادة المعلنة وانتفاء الارادة، إرادات ضمنية يجوز اعمالها . ويعتبر المثال الواضح لهذه الفكرة الشرط المانح لولايته الاختصاص القضائى^(١٠٣)، فقد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا .

وقد اعتنقت محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٢٨ يونيه ١٩٦٦ مبدأ الكشف عن الارادة الضمنية استخلاصا من ظروف وملابسات التعاقد التى يقرها قاضى الموضوع بغير معقب^(١٠٤).

وتتمشى فكرة الارادة الضمنية كضابط اسناد فى الالتزامات التعاقدية مع أحكام القانون المصرى (م ١٩ مدنى)^(١٠٥). وهذه الارادة الضمنية تأتى فى المرتبة الثانية عقب الارادة الصريحة . بل ان قضاء المحكمة الفيدرالية الالمانية^(١٠٦) قد ذهب الى مدى أبعد من ذلك، فاعتد بالارادة المفترضة للاطراف .

بوصفه قاعدة الاسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية . فبين طبيعة المبدأ والانتقادات الموجهة اليه . ثم تصدى لطريقة تحديد قانون الارادة . وأخيرا نبين مدى امكان قابلية العقد الدولي للبطلان نتيجة للتحديد الارادى للقانون الواجب التطبيق .

طبيعة المبدأ والانتقادات الموجهة اليه :

٣٨ - يرى بعض الفقه (١١٠) ان مبدأ قانون الارادة لم يعد يتلاءم فى العصر الحديث مع تدخل الدولة فى مجال العقود بالتنظيم القانونى الأمر ، الذى يحول دون الاعتراف للارادة بفعاليتها المطلقة ، فاذا كان مملك الأطراف يخضع لقاعدة أمرة ، فهى تنطبق بغض النظر عن أى مظهر للارادة الفردية ، وأنه يجب هجر هذا المبدأ عندما يتركز العقد فى مكان تتحقق فيه نصوص منيعة بحسب طبيعتها الاقتصادية والاجتماعية . وأن وجود قوانين البوليس فى مكان التنفيذ من شأنه اسقاط قرينة الخضوع لقانون العقد .

على ماخذ هذا الازدواج ، أن يصبح ذريعة فى حالة الاختيار الصريح من جانب الاطراف لاقرار نظرية الامماج بكل ما تنطوى عليه من آثار ونتائج بالنسبة للحرية المتروكة لارادة الاطراف ، واعتبارهم القانون الذى تم اعتناقه بمثابة الشرط التعاقدى . وقد يستطيع هؤلاء الاطراف فى هذا الخصوص ، أن لا يختاروا من بين نصوص هذا القانون سوى تلك التى تتلاءم ، وأن يستبعدوا منه تلك النصوص التى لا تتلاءم معهم - حتى ولو كانت أمرة - كما يمكنهم أيضا استبعاد التعديلات التى قد تلحق بهذا القانون ، ولو كانت مما يجب أن تنطبق على العلاقة (١١١) .

المبحث الرابع موقف التشريع المصرى بالنسبة لمفهوم القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية

مبدأ قانون الارادة :

تمهيد :

٣٧ - نعرض فى هذا الصدد لمبدأ قانون الارادة الذى اعتنقه المشرع المصرى

وعلى ذلك ، فان نظرية ازدواج النظام التعاقدى تتنافى مع أحكام القانون المصرى ، لانها تغفل الارادة الضمنية التى حرص هذا القانون على أن يعتد بها فى صلب أحكامه .

٣٦ - ومن ناحية أخرى ، فاذا كان التركيز - فى مفهوم نظرية ازدواج النظام التعاقدى - يرتبط بحالة انتفاء الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق ، فكيف يمكن التمييز بين انتفاء الاختيار والاختيار الضمنى ، وكذلك انتفاء الاختيار والاختيار المفترض ، وأخيرا بين الاختيار الضمنى والاختيار المفترض (١١٢) .

هذا فضلا عن أن هذا الازدواج يؤدى الى الوصول الى نظامين متغايرين تماما من حيث الاساس بشأن مراكز قانونية متماثلة فى جوهرها . فكيف يمكن القول بأن هذه المراكز المتماثلة تفرق عن بعضها بسبب النص فى العقد على اشارة معينة أو اغفال النص على ذلك الاشارة (١١٣) .

ويخشى ، باتيفول ، علاوة

وقاعدة الاسناد المذكورة قاعدة قانونية ملازمة . توجب على الاطراف تحديد القانون الواجب التطبيق . كما توجب على القاضي تحديد هذا القانون عند سكوت الاطراف .

٣٩ - ولما كان تطبيق قانون الارادة مشروط بتحقيق عنصر أجنبي في العقد ، ومن ثم فانه يتعين اعمال نظرية الغش نحو القانون متى لجأ الاطراف الى اصطناع هذا العنصر بقصد التهرب من الاحكام الآمرة في قانون القاضي مثل العملة التي يجب أن يتم الوفاء بها^(١١٥) أو القواعد التي يجب احتساب قيمة الدين عند الوفاء به^(١١٦) أو الاحكام الخاصة بالحد الأدنى لمبرر الفائدة ، وهنا يتعين استبعاد القانون الذي أراد الاطراف الخضوع له ، وتطبيق القانون الذي كان يتعين تطبيقه أصلاً دون الاعتداد بالعنصر الأجنبي المصطنع^(١١٧) .

على أن هذه القواعد التي قصد الاطراف التهرب منها غالباً ما تتعلق بالنظام العام ، فلا محل لاعمال الدفع بالغش نحو القانون لأن هذا الدفع احتياطي لا يجوز الالتجاء اليه

ولم يخرج المشرع المصري عما هو مستقر في النظم القانونية الاخرى ، فنص في المادة (١٩) من القانون المدني على أن : «يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً ، فان اختلفا موطناً ، سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد . هذا ما لم يتبين من الظروف ان قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه » .

وحرية الاختيار التي يقوم عليها مبدأ قانون الارادة تمثل في هذا الصدد قاعدة تنازع وليست قاعدة قانون دولي مادي ، كما ذهب أنصار ازدواج العقد^(١١٨) .

ويتم اختيار القانون هنا استناداً الى قاعدة التنازع المشار اليها بوصفه قانوناً بالمعنى الدقيق وليس شرطاً تعاقباً كما ذهب أنصار المذهب الشخصي أو فكرة الانماج^(١١٩) القائمة على سلطان الارادة ، ذلك أن قاعدة الاسناد أساسها اخضاع العقد للقانون وليس انماج القانون في العقد ومن ثم ، فلا يمكن تعديل الاختيار أو استبعاده .

ومن ناحية أخرى ، فقد أصبح هذا المبدأ عاجزاً عن مواجهة عقود التجارة الدولية ، ذلك أن أعمال مبدأ قانون الارادة يؤدي الى اسناد العقود المشار اليها الى نظم قانونية وطنية متنوعة سائدة في دول مختلفة بما تتضمنه من قيود أمرة لا تتلاءم مع طبيعة تلك العلاقات ، وأنه يجب هجر هذا المبدأ لصالح مبدأ آخر ، هو التنظيم الذاتي للعقود الدولية ، الذي يمثل في الاحكام الموضوعية الموحدة التي درج المتعاملون على اتباعها وهي توفر لهذه العلاقات الاستقرار المطلوب^(١٢٠) . وهذه الاحكام كما يراها البعض^(١٢١) تعد نظاماً قانونياً حقيقياً ، مما يغني عن خضوع العقد لقانون دولة معينة .

ولما كان هذا النظام الذي ينجه الى أن يكون قانوناً ، لم يتكون حتى الآن باعتراف مؤيديه ، وأنه مازال في دور التكوين ، ولم يصل الى حد الشمول والعمومية فضلاً عما يشوبه من غموض .

ولهذا ، فإن مبدأ خضوع العقد الدولي لقانون الارادة يُعد من المبادئ الممتنعة في قوانين العالم .

الكشف عن ارادة المتعاقدين أن يجمع بين أكثر من عنصر من هذه العناصر . هكذا حكم بتطبيق القانون الفرنسي على العقد باعتبار أن المتعاقدين قصدا الاستناد اليه تأسيسا على أنهما فرنسيان ، وأن العقد أبرم في فرنسا^(١٢٤) .

وقد يكشف عن الارادة الضمنية النص في العقد على اختصاص قضاء دولة معينة^(١٢٥) .

وكذلك قد تستخلص الارادة من مضمون القوانين المتزامنة كما اذا كان أحد القوانين المتنازعة يبطل العقد في حين أن القانون الثاني يقر صحته^(١٢٦) ، فانه يجب افتراض أن هذا القانون الأخير هو الذي تم اختياره من الاطراف ، أو اذا كان أحد القوانين ينظم العملية في حين أن الآخر يتجاهلها ، فانه يجب الاعتداد بالأول^(١٢٧) .

ومن القرائن التي يمكن أن يستخلص منها القانون الواجب التطبيق ارتباط العقد بعقد أخرى .

فقد حكمت محكمة باريس في ٢٧ مايو سنة ١٩٥٧^(١٢٨) بأن الكفالة التي تمت من بنك فرنسي بناءً على طلب بنك

ويكفي أن توجد صلة فنية بين العقد والقانون الذي يحكمه وهذه الصلة الفنية تتحقق في مجال التجارة الدولية ، كأن يجري العقد في صورة نموذجية متعارف عليها لتجارة معينة في قانون محدد . ومن هذا القبيل العقود التي وضعها اتحاد تجارة المطاط والقطن فقد^(١٢٩) ورد النص في هذه العقود على إخضاعها للقانون الانجليزي .

٤١ - والاختيار الصريح هو الاتفاق على إخضاع العقد لقانون معين . واختيار القانون ينصرف إلى نصوصه الأمرة^(١٣١) والممكنة على السواء . والاختيار الضمني هو ما عجزت عنه المادة ١٩ مدني وهذا ما لم يتبين من الظروف ان قانونا آخر يراد تطبيقه ، ومن العناصر التي يسترشد بها القاضي في سبيل الكشف عن الارادة الضمنية للمتعاقدين - ويدخل ذلك في سلطته في تفسير العقد - جنسية الموظف العام الذي لجأ اليه الاطراف لاثبات اتفاقهم^(١٣٢) . أو المركز القانوني الخاص لاحد المتعاقدين^(١٣٣) .

ويجوز للقاضي في سبيل

الا اذا اتعمدت وسائل العلاج الأخرى^(١٣٨) .

تحديد قانون الارادة :

٤٠ - واختيار القانون قد يكون صريحا أو ضمنيا ، أو يحدده القاضي طبقا للارادة المفترضة للاطراف .

وفي جميع هذه الاحوال لا تكون حرية الاختيار مطلقة ، إذ يلزم أن يكون القانون على صلة بالعقد ، سواء أكانت هذه الصلة مستمدة من جنسية الاطراف ، أو موطنهم أو محل إبرام العقد أو مكان تنفيذه .

وعلى ذلك ، فإن اختيار قانون منبت الصلة بالعقد الدولي قد يكشف عن قصد الاطراف في التهرب من القواعد الأمرة في القانون الذي يرتبط بالعلاقة ، وهنا يتعين أعمال نظرية الغش نحو القانون واستبعاد القانون الذي اختاره الاطراف ، وتطبيق القانون الذي كان يتعين تطبيقه أصلا .

وينطبق ذات المبدأ اذا لجأ الاطراف الى خلق صلة مصطنعة بين العقد والقانون الذي تم اختياره لحكم العلاقة^(١٣٩) .

آخر. داتمركي عن صفقة توريد في يوغسلافيا تخضع للقانون الواجب للتطبيق على الالتزام المضمون (الوكالة) أى القانون الذى يحكم الالتزام الاصلى .

وقد تكشف عن الإرادة الضمنية البواش التي تتقرر تأليدا لقانون معين ومن القرائن الخاصة Indices particulars التي يمكن أن تؤخذ في الاعتبار جنسية الخصوم المشتركة أو موطنهم المشترك متى كانت الوقائع المطروحة تضفي على هذه القرائن نصيباً من الصحة .

ومن العناصر التي قد تكشف عن الإرادة الضمنية للغة المستعملة في العقد أو العملة المتفق عليها في الوفاء ، إلا أن هذه الدلائل لا تعد في الحقيقة تعبيراً كافياً عن إرادة الخصوم أو تبنينهم على نحو لا يدع مجالاً للشك في قصدهم المشترك . ومن ثم يجب استبعاد مثل هذه القرائن متى كانت الظروف تتعلق بعدم صحتها ولا تكشف عن التعبير الصحيح لإرادة الخصوم .

٤٢ - وكثيراً ما يتعذر على القاضى الكشف عن الإرادة الضمنية ، فقد يحدث أن

أياً من هذه الظروف أو حتى عند اجتماع عدد منها ، لا تزودنا ببيان واضح وقاطع عن القصد الصحيح للطرفين . عندئذ يكون للقاضى أن يركز العقد في وسط اجتماعي معين ويطبق قانون هذا المكان .

وخشية أن يفرض القاضي على الخصوم إرادة غير موجودة ، أورد المشرع المصري ضابطتين يحدد بهما القانون الواجب للتطبيق هما قانون الموطن المشترك ، وقانون مكان الإبرام - سبيل التدرج .

الاختيار الارادى وبطلان العقد :

٤٣ - إذا كانت مسألة بطلان العقد الدولي تعتبر واضحة في هذا الخصوص عندما يكون القانون الواجب التطبيق محددًا بمعرفة المشرع أو القاضى ، فإن المسألةثار فيها كثير من الجدل عندما يتعلق الأمر بقانون يختاره الأطراف ، ذلك أنه إذا كان احتمال بطلان العقد يعد أثراً منطقياً للقانون الذى اختاره الأطراف في مجموع نصوصه فإن اقرار العقد لم يكن - كما ذهب الفقه (١٢٩) - مخالفاً للعقل والمنطق ، فقد

رأى هذا الفقه أنه « من الخطأ القول بأن الأطراف قد رغبوا سلفاً بطلان مضمون اراقتهم » . أو تقيض الهذف المراد الوصول اليه ، ذلك ان مبدأ اختيار قانون دولة معينة لاختضاع العقد له ، لايمكن أن يثير أى اعتراض منطقى فى اتجاه إرادة المتعاقدين الى الارتباط الصحيح ، فإذا ارتبط الزوجان برابطة غير صحيحة بحسن نية فهل يفهم من ذلك أنهما لم يرغباً فى الزواج ؟

ويشير Gérard Delapardelle (١٣٠) تأليداً لهذا الاتجاه « أنه بالرجوع الى أحكام القضاء الفرنسي نجد أنها استقرت ، على أن القانون الواجب التطبيق على العقود ، سواء فيما يتعلق بانعقادها ، وشروطها ، وأثارها ، هو القانون الذى اختاره الأطراف ، ولهذا ، فإنه لا يقبل بسهولة القول بأن هذا القانون له سلطة بطلان الاتفاق .

وفى الواقع أنه لما كان من المقرر أنه يجب الخضوع للقانون المختار برمته ، بما فيه نصوصه الآمرة ، ولهذا كان طبيعياً أن تؤدى هذه النصوص الآمرة حتماً وبالضرورة الى بطلان العقد

٤٥ - ومع ذلك يرى بعض الفقه^(١٢٥) أن تحديد القانون الواجب التطبيق سواء عن طريق التركيز الموضوعي للعقد، أو عن طريق الاختيار، يترتب عليه حتما استبعاد بعض التشريعات القابلة لحكم النزاع المعروض، ولو كان ذلك بصفة جزئية، ومن ثم، فإن تغيير طريقة تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق التركيز الموضوعي لا يضع حلا لمشكلة أشار القوانين الأخرى التي قد يكون لها تأثير على العقد في وسط اجتماعي أو اقتصادي معين.

٤٦ - ولهذا يرى De Winter^(١٢٦)، أن اسناد العقد إلى قانون العقد لا يكفي. وهو يرى في سبيل الوصول إلى حلول دولية مقبولة، الأخذ بجميع النظم التي يرتبط بها العقد بموجب عناصره الواقعية عندما يكون الهدف الاجتماعي لقواعد هذه النظم يفرض ذلك ويبرر تطبيقه.

القاضي هي تحديد العنصر الرئيسي أو الجوهرى في العقد بمكان محدد، فإن قانون هذا المكان يكون بالضرورة الأكثر صلاحية لحكم العقد. وتعتبر هذه الطريقة المثالية لوحدة القانون المطبق على العقد حتى يسود التناسق بين جوانبه^(١٢٧) وحتى يمكن تفادى تجزئة عملية واحدة، بين عدة قوانين، يجوز أن يردى تطبيقها معا إلى نتائج غير مترابطة.

ومما يبرز أهمية هذه النظرية أن الفقه الحديث يناهض حرية الاختيار المطلق ويميل نحو تطبيق قانون الدولة المرتبط ارتباطا وثيقا بالمركز المطروح أمام المحكمة. وهذا ما يشكل مظهرا من مظاهر الفعالية والواقعية في حلول القانون الدولي الخاص^(١٢٨).

ولهذا أخذ القضاء الحديث يتجاهل المذاهب الشخصية التي تحتل فيها إرادة الخصوم الصدارة في اختيار القانون الواجب التطبيق، وعلى الاخص بالنسبة للعقود الموجهة. واتجه نحو تركيز العلاقة استنادا إلى اعتبارات موضوعية.

المخالف لها، سواء كان القانون المطبق تم عن طريق الاختيار الإرادى أو التحديد الموضوعى. وهذا هو ما اتجهت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦٦^(١٢٩) إذ قضت - بحق - بأن القانون المختار يكون له إمكانية بطلان العقد الدولى.

خاتمة

٤٤ - والواقع أنه لا يمكن إنكار أن فقه القانون الدولى الخاص قد اكتسب من نظرية التركيز طابعها الواقعى ونتائجها العملية وعلى الاخص فيما يتعلق باستبعاد الغش نحو القانون - عند اختيار الأطراف لقانون منبت الصلة بالعقد بقصد التهرب من القوانين الأمره المرتبطة به - متى كان القاضي هو الذى تقع على عاتقه مهمة هذا التحديد، استنادا إلى بيانات العقد والدلائل الموضوعية التى يزوده بها الخصوم. وهذه الدلائل قد تحقق من خلال القوانين المتنازعة أو من خلال موقف الأطراف اللاحق على العقد، أو من خلال الإشارة إلى قانون أو عادة^(١٣٠) وعندما تكون مهمة

(١) وقد رأى جانب من الفقه - أن صحة شرط الذخب في المعاملات الدولية هي قاعدة قانون دولي ملای .

obé. Loussouarn. Revu. trimestriel de dr. comm. priv 1950, P. 698.

Note Batiffol. Revu crit 1950, p. 606. (٢)

(٣) ما يلي رقم (٣)

Batiffol sur la signification de la loi désignée par les contractants. choix (٤)
d'articles. Rassemblés par ses amis paris 1976, 271.

Batiffol sur la signification de la Loi...choix d'articles. op. cit. P. 277. (٥)

Batiffol. op. cit., P. 297. (٦)

Neumayer K. Autonomie de la volonté et dispositions impératives en dr. (٧)
int. des obligations. Rev. crit. 1957, P. 595. "nient tout caractère obligatoire
d'une législation compétente per se.

Batiffol et Lagarde Traité t (11) 1971. P. 214. 215. (٨)

"Une operation de localisation de nature a lui faire attribuer le caractère (٩)
d'une véritable rattachement conflictuel .

Dreyfus L'acte juridique en dr. int. priv. thèse paris 1904, P. 14 . (١٠)

(١١) ويرى أن الإرادة ما أن توجد أو لا توجد ، وإن الإرادة الضمنية هي مجرد وهم أو خيال .

Louis - Lucas. La liberté contractuelle et le droit international privé (١٢)
français. Mélanges Dabin t (11). P. 743. et s.

"Un dualisme qui entraîne sa soustraction partielle au règlement des (١٣)
conflits de lois".

La doctrine subjectiviste . (١٤)

La thèse de la localisation objective . (١٥)

Dualisme du statut contractuel (١٦)

Batiffol sur la signification de la loi, choix d'articles p. 277. (١٧)

(١٨)

Niboyet. traité t (3) 1944. No. 230.

Laurent. Le dr. civil international Bruxelles 1881 t.VII.P. 512 et s. (١٩)

(٢٠) وهذا الاتجاه ردد أيضا جانب لا يستهان به من الفقه مثل Alberic Rolin الذي يرى آثار الاتفاقات محكومة بأرادة الخصوم وأنه يستبعد كافة القوانين التي تفرض على الإرادة الفردية .

Alberic Rolin, Principes du dr. int. priv. et applications aux diverses matiere du code civil - paris 1897 t (1) P.436.

وقد بالغ Weiss في دور سلطان الارادة في القانون الدولي الخاص . وتجاهل في بعض الاحيان فكرة القانون .

Weiss. Traite theorique et pratique de dr. Int. priv. Paris t(IV) 1912 P.531 et s.

En ce sens Schmitthoff, English conflic of Laws 1945. P.100, 107, et s.

(٢١) الدكتور هشام صادق في تنازع القوانين الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٤ ص ٦٥٣ وهامش ص ٦٥١ ، وكذلك هامش ص ٦٥٦ .

Pillet. Traité pratique de dr int. privé (2) Paris, Grenoble P. 282 - 283. (٢٢)

Deby. Gérard, le rôle.. op.cit. P.232. (٢٣)

"Les lois apparaissent pratiquement depouillées de leur élément normatif".

Batiffol, sur la signification, choix d'articles. op.cit., p.277 . (٢٤)

Deby Gérard. le rôle. op.cit. P.232. (٢٥)

"dissolvant toute notion de conflit dans la consideration quasi-exclusive de toute puissante volonté individuelle."

Deby Gérard le rôle.. op.cit. P. 230, 231. (٢٦)

Deby Gérard le rôle.. op.cit. P. 230. (٢٧)

Batiffol sur la signification.. choix d'articles. op.cit. P 277. (٢٨)

Cohn (E.) The objective practice on the proper law of contracts. The (٢٩) international and comparative law Quarterly 1957. P. 373-392 .

Sirey 1911. 129 Note lyon caen (٣٠)

Batiffol sur la signification de la loi, choix d'articles, op. cit. P. 272-273. (٣١)

Batiffol sur la signification... choix d'article.. op. cit. P. 273. (٣٢)

Rev. crit 1936, P.463. (٣٣)

Rev. crit 1937, P.127. (٣٤)

- Clunet 1936, P. 951. (٢٥)
- Cité par Deby. Gérard F. le rôle de la règle de conflit dans le règlement (٢٦)
des rapports internationaux 1973; P. 187, 188 no. 225.
- "Stabilité législatif". (٢٧)
- "La pétrification de la loi dans le temps, en ce sens le tribu Fédéral suisse (٢٨)
5 oct. 1965, 18 Mai 1965 clunet 1970. P.417-423 chron. de jurisprudence suisse
de l'alive.
- Cohn. The objective practice.. op.cit. P.373 et s. (٢٩)
- Kopelmans international conventions.. cité par Deby Gérard. le rôle.. (٤٠)
op.cit. P.212.
- Batiffol sur la signification choix d'articles op.cit. P.277. (٤١)
- Neumayer K. Autonomie de la volonté et dispositions impératives en (٤٢)
dr.int, des obligations. Revi. crit. 1958. P. 75 et s. Deby Gerard le rôle..
P. 261 no. 327.
- Toubiana A, le domaine de la loi du contract en dr. int, priv. p. 34 No. 44. (٤٣)
- Deby Gerard le rôle. op.cit. 232 et 261. (٤٤)
- Marcel Caleb-Essai sur les principes d'autonomie de la volonté en dr.int. (٤٥)
priv, 1927. P.124 et P.253.
- .Dreyfus, l'acte juridique en dr. int. priv. 1904, P. 11, 12. (٤٦)
- Batiffol, choix d'articles. op.cit. P.278. (٤٧)
- Dreyfus l'acte juridique.. op.cit. P.14. (٤٨)
- Batiffol, choix d'articles.. op.cit. P.278 (٤٩)
- Toubiana le domaine de la loi.. 1972 P. 158. (٥٠)
- Batiffol choix d'articles.. op.cit. P.277 et s. (٥١)
- Cohn the objective practice.. op.cit. P.373 et s. (٥٢)

ويرى Martin Wolff أنه يمكن اعتبار العقد البحري متعلقاً إلى وسط يشكل ارتباطاً موضوعياً بالنظام
الانجليزي حتى بالنسبة لمصالح الغير واصحاب البنوك وقد تأكد ذلك مراراً بالنسبة للعقود النموذجية التي

Cité par cohn. op.cit.

تضمن شرط التحكم في إنجلترا

BATIFFOL H.: les conflits de lois en matière de contrats, p. 36, No. 42 (٥٣)
et P. 38, No.44.

CHESHIRE : Private international law, 40 ed., 1952, P. 201

WESTLAKE : Private international law, 1925, Section 212, P. 302 et s.

ولما كان هذا النظام يحكم شروط تكوين التصرف ، مشروطة ، كان طبيعيا أن يحتفظ لنفسه بإمكانية
تقرير بطلانه .

BATIFFOL : Note sous Cass. ٢٩ Juin 1966, rev. crit. 1967, P.334. =

وفيه طبقت المحكمة القانون الفرنسي الذي سر بطان الاتفاق .

Deby - Gérard : le rôle., op.cit., P. 232.

SCHNITZER 'A' : Les contrats en droit international privé suisse, Recueil (٥٤)
des Cours La-Haye, 1968, T. (1) P. 541 et s.

FRANK VICHER : Droit international privé suisse, 1974, P. 182 et spec. P. 185.

قد أدخل القضاء السويسري على فكرة الرابطة الوثيقة نوعا من المرونة عن طريق تركيز البحث عن
المضمون المميز في العلاقة القانونية ، أي الاداء المميز للعقد والذي يعتبر بمثابة ركيزة للاستناد ، وهو
ما يستنتج خضوع العقد الى قانون المكان الذي يكون فيه الاداء المميز متحققا فيه. مثل مركز المشروع
أو الفرع أو مكان ممارسة المهنة ، وذلك دون بحث لارادة الخصوم ودون البحث عن أي عنصر خارج
العلاقة . وبهذا يتحقق أساس قوى ومرن لتحديد القانون الواجب التطبيق بتحديد العنصر الحاسم بطريقة
مادية ملموسة بعيدا عن الاستناد الى ضوابط ليس لها علاقة بروح الالتزام . ويوضح القضاء السويسري
أن هذه الفكرة تتمشى مع وظيفة العلاقة القانونية في الحياة الاقتصادية والاجتماعية للفرد . ونطبقا لهذه
النظرية ، فضلت المحكمة الفيدرالية سنة ١٩٦٥ : أن أداء المبالغ في عقد البيع يعتبر العنصر الحاسم والمميز
للعلاقة ويؤدي الى تطبيق قانون البلد الذي ترتبط به العلاقة ارتباطا وثيقا .

Adolf F. Schnitzer, ... op.cit.; P.575, 577, 578, 579... en ce sens : Frank Vicher :
Droit international privé suisse, 1974, P. 182 spec: P. 185.

وهذا الاتجاه يسمح منذ البداية بمعرفة القانون المختص .

La notion de la prestation caractéristique se trouve également chez Gamillscheg,
Rev. de Rabel 23, 1958, P. 354.

Jacques Voulet : La relecture du contrat du travail, P.W. (3). (٥٥)

BATIFFOL : Les conflits de lois en matière de contrats, ... op.cit., P.27.

- Deby-Gérard, Le rôle de la règle..., op.cit. P.230. (٥٦)
- Rev. crit. 1966 (2), P.323, 328. (٥٧)
- BATIFFOL et LAGARDE, Traité.. 50 éd., P.264. (٥٨)
- Note sous Cass. 24 Avril 1952, Rev. Crit., 1952, p.502. (٥٩)
- WENGLER : La situation des droits, Rev. crit., 1967, p.185 et s.
- Bernard Audit : Le caractère fonctionnel de la règle de conflit, Rec. Cours (٦٠)
- La-Haye, 1984, V. P. 272 et s.
- BATIFFOL : Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé, Mélanges Maury. T. (1), P.40 et s.
- Deby Gérard : La règle..., op.cit., pp. 228, 258, 259. (٦١)
- George Dreyfus, l'acte juridique en droit int. privé, Etude sur les conflits de lois, Paris, 1904, P.171, et s.
- وقد تعتبر اللغة عنصراً للاعتداد بالجنسية في تركيز علاقة قانونية معينة ، كما يمكن أن يعتبر العقد الاختصاص لقاضي بلد محاذ بمثابة رابطة بنظام هذا القاضي يبرر إخضاع العقد لقانونه ويصدق ذلك بصفة خاصة على اختيار محكم .
- BATIFFOL : les conflits de lois en matière de contrats, p.262 et s. (٦٢)
- George Dreyfus : L'acte juridique en droit privé int., Etude sur les conflits de lois, Paris, 1904, p. 171 et s.
- BATIFFOL : Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé, (٦٣)
- Mélanges Maury, T. (1) p. 40 et s.
- Batiffol : Rép. de droit international V. contrats et conventions, Note 37. (٦٤)
- Peyrefitte: Le problème du contrat dit sans loi, Recueil Dalloz, 1965, P. 115. (٦٥)
- Deby Gérard le rôle.. op.cit., P. 263, 264. (٦٦)
- Cass. Civ. 25 Mars 1980, Rev. crit., 1980, P. 567 et s., Note Batiffol. (٦٧)
- BATIFFOL et LAGARDE : Droit int. privé, Septième édition, 1981, PP. (٦٨)
- 317, 318,
- KAHN P.: Note sous Cass. 29 Juin 1971 Clunet, 1972, P.51. (٦٩)
- EN ce sens : Note Motulsky : Cour d'Appel de Paris 27 Janv 1955, Rev. Crit. 1955.

اذ يجب أن يحدد قانون الارادة بطريقة موضوعية عن طريق البحث عن عناصر تركيز العقد ، وأن
العنصر الهام والمميز في عقد بيع البضاعة هو مكان التسليم .

Clunet 1975, P.359.

(٧٠)

J.C.P., 1961, II. 12029, Note Simon Depitre.

(٧١)

Clunet 1971. P.86.

(٧٢)

Cohn. The objective practice on the proper law of the contracts in (٧٣)
international and comparative law quarterly 1957, P.373-392.

Jacques Maury, Les observations sur les aspects philosophiques du dr. (٧٤)
Int. priv. Revu. crit. 1957, P.263.

Lerebours pigeonniers et loussouarn. Precis 8ed P.344.

(٧٥)

(٧٦) ويهاجم M.Troller بشدة هذه الفكرة المتعلقة بوجود الحقوق في كل مكان وهو يسلل تركيز
Wengler. La situation des droits. Revu. crit. 1957, P.129, Note (2).
الحقوق المعنوية في موطن صاحب الحق

(٧٧) في هذا المعنى محكمة الاستئناف الفيدرالية السويسرية في حكمها الصادرين بتاريخ ١٠ مايو
سنة ١٩٥٥ ، ٧ يونيو سنة ١٩٥٥ اذ ورد بكل منهما أن حق صاحب الاختراع كائن في اقليم
الدولة التي منح فيها هذا الحق .

Wengler.. op.cit. P. 192 - 193. Note (3).

(٧٨) ويرى Martin المسألة من وجهة نظر أخرى اذ يشير الى أن التركيز المجازي للعلامة
Localisation Fictive يكون في مكان التركيز الحقيقي للصناعة التي تستعملها ، ويهدف من
هذا الى تركيز الحق المذكور في مقر المنشأة الرئيسية .

"au lieu du principal etablissement "

Jacques Maury .. op. cit. P.260

(٧٩)

Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des (٨٠)
contrats. Batiffol Mélanges Maury Tome (1). P.39 et s. spec. P.53.

Deby Gérard le rôle de la règle.. op.cit., P.237, 238 Note 297.

(٨١)

La Liberté contractuelle et le droit international privé Français. Mélanges (٨٢)
Dabin t (2) 1963, P.743 et s. 759.

Andre Ponsard 'L'oeuvre de droit international privé du Doyen. Pierre (٨٣)
louis lucas,clunet 1984, P.227, 228.

The conflicts of laws. A comparative study 2ed 1960, P.367. (٨٤)

Deby Gérard le rôle.. op,cit. P.241. no.302. (٨٥)

(٨٦) مع التحفظ بالنسبة لنطاق الإرادة التي تعجز عن حل المسائل التي تعتبر محل نظم اسناد أخرى
(مثل الاهلية والحقوق المعينة) .

"La règle de droit matériel liberté accordée aux parties dans les contrats (٨٧)
internationaux est la source juridique de ce pouvoir des parties .

"electio juris". (٨٨)

"convention dénuée de tout formalisme". (٨٩)

"le contrat de choix". (٩٠)

Les arrêts cites par Déby Gérard. Le rôle.. op.cit. P.235.NO.317 Note(82). (٩١)

Deby. Gérard le rôle.. op.cit. P. 253. No 317 et Note (85). (٩٢)

Rev. crit 1960. P. 83 Note Batiffol. (٩٣)

ومع ذلك ، لم تر محكمة النقض الإيطالية في حكمها الصادر في ٢٨ يونية سنة ١٩٦٦ الأخذ
بمسألة امكان تعديل مضمون عقد الاختيار أو استبعاده نتيجة اختيار جديد مغاير ، لأن مكتة تحديد
النظام القانوني المختص تجد مصدرها في قاعدة تنازع .

Clunet 1968. P.377.

ومن ثم ، فهي تملك الدور والنطاق الذي تسمح به الطبيعة القانونية لهذه القاعدة .

Deby Gérard Le rôle.. op.cit., P.257. (٩٤)

(٩٥) وقد وافق الفقه المؤيد لقيام الرابطة الموضوعية المحددة لاختيار الاطراف على نظرية الغش
نحو القانون (راجع رقم ٤٤) .

Batiffol,Traité 3ed t (2) No. 575.

Deby Gérard le rôle de la règle.. op.cit., P.252. (٩٦)

وانه لا يمكن الاحتجاج بالنظام العام عادة الا على التطبيق الفعلي للقانون الاجنبي ، المختار
أو المحدد ، وليس على مجرد اختيار القانون .

Louis lucas. la liberté contractuelle.. op. cit., P. 761. (٩٧)

Deby Gérard le rôle.. op.cit. P.259 "rejoindra ainsi la position des juges (٩٨) anglosaxons tendant à rechercher ce qu'auraient fait, en chaque espèce donnée, des contrac-tants avertis et raisonnables.

J.Trousset. L'incorporation dans le contrat de la loi étrangère choisie (٩٩) par les parties Thèse, paris 1961 et s.

ومع ذلك ، تبين من التعليق على هذا الحكم أنه لم يكن مجرداً من كل رابطة بين القانون الإنجليزي والعقد المتنازع فيه .

Revu crit 1971, P.703 Note Simon Depitre . (١٠٠)

Revu crit 1959. P.708 note Batiffol,cité par loussouarn et Bredin dr. du (١٠١) commerce int.

Annex (11). P.828. (١٠٢)

BATIFFOL : Note sous Cass. 6 Juillet 1959, Rev. Crit. 1959, P.708 et (١٠٣) s. Spéc. P. 711.

Rev. crit. 1967, P.334, Note Batiffol. (١٠٤)

وهذا هو ما اعتدت به محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ١٩ يونيو ١٩٧٠ .
Rev. crit. 1971, P.692, Note Level Clunet, 1971, P.833, Note B. Opetit.

(١٠٥) الدكتور شمس الدين الوكيل ، القانون الدولي الخاص ، ١٩٦٣/٦٢ ، ص ١٥٩ .

MEZGER E.: Note sous Cour Fédéral, République Allemande (R.G.H), (١٠٦) 14 Fevrier 1958, Rev. crit., P.542 spéc. P. 547.

Note Mezger sous Cour Fédérale, op. cit. (١٠٧)

BATIFFOL: Subjectivisme et objectivisme... op. cit., Mélanges Maury, T. (١٠٨) (1) P.57.

BATIFFOL: Note sous Cass.6 Juillet 1959..., op.cit., P. 708 et s. (١٠٩)

BATIFFOL: Traité... 30 éd., T. (2), P.217, 218.

Toubiana le domaine de la loi.. P. 152- 153 . (١١٠)

(١١١) الدكتور هشام صادق في تنازع القوانين الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٤ ، ص ٢٦ ، ٢٧ .

Deby Gérard le rôle de la règle.. op.cit. P.177 note (8). (١١٢)

- (١١٣) ما سبق رقم (٢٨) .
- (١١٤) ما سبق رقم (٥) -
- (١١٥) "Monnaie de Paiement".
- (١١٦) "Monnaie de compte".
- (١١٧) Batiffoi Les conflits de lois en matière de contrats 1938. No. 61.
- (١١٨) الدكتور كمال فهمي في أصول القانون الدولي الخاص . الطبعة الثانية ص ٥٨٩ والهامش .
- (١١٩) الدكتور هشام صادق في نزاع القوانين ، الطبعة الثالثة ص ٦٦٣ .
- (١٢٠) Batiffoi, Aspects philosophiques du dr. inv, priv 1956, P.83 et s. No. 37.
- (١٢١) ولا يمكن للمبادئ أن تخالف القواعد الآمرة في القانون بمقتضى قاعدة التنازع .
- (١٢٢) هكذا قضت محكمة بروكسل بأن العقد الذي يبرم صحيحاً أمام الممثل المتصل الأجنبي يجب أن يفترض خضوعه لسلطان القانون الذي ينتمي إليه هذا الموظف .
- Weiss, Traité théorique et Pratique, de dr. inter. prive, 8èd t (4). P.353 note (3).
- (١٢٣) لقد قضت محكمة السين أن التعاهد مع دولة أجنبية يقتضى الخضوع لقانون هذه الدولة في كل ما يتعلق بآثار العقد .
- Weiss op.cit. p.353. note (2).
- ومع ذلك اتجهت بعض الأحكام إلى عكس هذا الاتجاه موضحة أنه عندما يكون أحد المتعاهدين دولة معينة . فهذا لا يوجب بالضرورة تطبيق قانون هذه الدولة .
- Paris 19. Fev. 1968. Revu crit 1969. P.257 note M.S.D. Clunet p.336. note Verdier.
- Revu. crit. 1967. P.334. (١٢٤)
- Weiss... op.cit. P.353. (١٢٥)
- Batiffoi et Lagarde dr. int. Priv t (2) 1976. P.267. No. 591 en ce sens cass. (١٢٦)
- soc. 5 Mars 1969. Revu crit 1970, P. 279.
- وتشير Deby Gerard أن هذا الحكم قد أعتق ، قانون الصحة ، "La loi de validité"
- وأن هذا المبدأ محل جدل ، وعلى الأخص في مجال العقود
- Le rôle de la règle. op. cit P. 186, 187, Note (30).

ويرى Batiffol أن هذا المبدأ يجب تقريره بصفة عامة حتى يمكن تفادي بطلان العقود على نحو دائم ، ويضيف أن هذا الحل غير مقبول في القانون الداخلي ، كما لا يقره القانون الدولي حيث أن الأحكام التي تبطل العقود ليست قليلة وأورد على سبيل المثال حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢٨ يونيو سنة ١٩٦٦ ، وفي ألمانيا حكمي ١٩٦٩/٧/٤ ، وفي ١٩٧٠/٢/٦ D.G.H وفي هولندا لاهاي في ١٩٦٩/٤/١٢ .

Cass. civl. 29 Oct. 1974 clunet 1975 P.314. note Fouchard. (١٢٧)

Paris 21 Mai 1957 Rev crit. 1958 P.128 note Francescakis. Batiffol les (١٢٨):
conflits de lois en matière de contrats 1938. No. 521 "elle ait été soumise
a la loi régissant l'obligation principal".

P. Louis Lucas La liberté contractuelle et le droit international privé. (١٢٩)
Francais Mélanges Dabin t (2) P.764.

Géraud delaparadelle. Les conflits de lois en matière de nullité . paris (١٣٠)
1967 P.155-156 no.233-234-

Revu crit. 1967 P.334 note Batiffol. (١٣١)

BATIFFOL: Les conflits de lois en matière de contrats, op.cit., P.27. (١٣٢)

BATIFFOL et LAGARDE: Droit international privé, T. (2), 1976,P.267,
Note 590.

AUBERT: Les contrats internationaux dans la doctrine et la jurisprudence (١٣٣)
suisses, Rev. Crit., 1962, P.19 et s.

وقد تأثر الفقه الألماني بأفكار سافيني ، الذي يرى ضرورة التمييز بين الالتزام والعقد وأنه
لما كان العقد هو مجموعة من الالتزامات ، فإنه يجب بطريق اللزوم البحث عن القانون الواجب
التطبيق على كل التزام ، وليس على العقد في مجموعه .

BATIFFOL: Les conflits de lois en matière contrats, 1938, P.66.

(١٣٤) راجع في فكرة الواقعية في القانون الدولي الخاص بوجه عام .

G. Gourdet. L'effectivité en dr. int. Privé Thèse Nice 1978 .

Toubiana. Le domaine de la loi... op.cit. P.152 et s. No. 181 et spec. P.158. (١٣٥)

Cité par Toubiana. le domaine de la loi op.cit. P. 247 No. 273. (١٣٦)

التشريع الضريبي وضريبة المبيعات كمفتاح الخروج من الأزمات الاقتصادية بمصر

السيد الأستاذ / حسن شبريه
نقيب المحامين بالقیوم

بداية الأزمات

وقد ظهرت بداية الأزمات المالية مع عهد سعيد باشا فى الفترة من (١٨٥٤ - ١٨٦٣) حيث عقد سعيد باشا أول قرض ثابت سنة ١٨٦٢ كما استدان من المراهين ديونا مضموهه بواسطة سندات على الخزانة بالقيمة المقرضة - وتوفى سعيد تاركا ديونا يزيد على عشرة مليون جنيه .

ثم خلفه اسماعيل باشا فى الفترة من ١٨٦٣ - ١٨٧٩ وأخذ فى الاستدانة حتى بلغت جملة ديونه بعد ست سنوات من تولية الحكم (٣٥ مليون) جنيه ثم فى سنة ١٨٧٣ عقد الخديو اسماعيل قرضا قدره (٣٢ مليون) جنيه بحجة سداد الديون ولكنه انفقها على الهدايا والرشاوى للحصول على فرمان سنة ١٨٦٦ الذى جعل وراثه العرش فى أكبر ابنائه وفرمان سنة ١٨٦٧ للحصول على لقب خديو

أن (مفتاح الخروج من الازمة الاقتصادية يتمثل فى اجراء تحولات جذرية فى نظامنا الاقتصادى ... وأن عملية التحول هذه ذات تكلفة - غير ان تكلفة الاصلاح تتضاءل لزام تكلفة عدم القيام بالاصلاح ... وأنه يجب ان يكون هناك توزيع عادل لثبث الاصلاح الاقتصادى بحيث يساهم فيه القوى قبل للضعيف والغنى قبل الفقير وأن تكون القيادات السياسية قنوة للقاعدة الشعبية فى استعدادها للتضحية من أجل اخراج مصر من أزمتها الحالية) .

واذا كانت مصر فى أزمة حالية - فقد سبق أن مرت بها أزمات اقتصادية طاحنه ... قلمت منها .. وفى كل مرة كانت تضع الحلول للعلاج ..

الا أن العلاج الرئيسى كان ركز دائما فى فرض الضرائب والرسوم ...

يحضرنى فى بداية الأمر ما أعلنه الدكتور / كمال أبو المجد وزير الاعلام السابق أمام ندوة نادى الادارة والمنشور بجريدة ١٩٩١/٦/٤ من أن :

(مصر تتحمل حاليا ما هو فوق طاقتها .. فهى مطالبة بالمحافظة على استقلالها الاقتصادى فى ظل أوامر صندوق النقد الدولى وأن نحافظ على استقلالها السياسى فى ظل هيمنة أمريكية على المنطقة عقب حرب الخليج .. وأضاف بان التجربة تحتاج الى وقفة مع النفس لعلاج الازمة الاقتصادية حتى لا تزداد الفجوة بين الاغنياء والفقراء ...) .

الا ان الدكتور سعيد النجار الاسناد بكلية الاقتصاد طرح افكاره نحو علاج الازمة الاقتصادية فى كتابه - نحو استراتيجىة قومية للاصلاح الاقتصادى - ما أورده فيه من

الضرائب على الإنتاج

وإذا كانت الضرائب هي مجال التبعين لخزينة الدولة للخروج من الأزمات الاقتصادية - باعتبار أن الضرائب من أهم الموارد السياسية للدولة في العصر الحديث - سواء الدول المتقدمة أو الدول النامية - فإن مصر أول ما عرفت من أنواع الضرائب عرفت (ضرائب على الاتفاقات) في صورة ضرائب على الإنتاج منذ سنة ١٩٢١ - وفي عام ١٩٣٢ صدر أول تشريع ضرائبي منظم فرض الضرائب (الرسوم على الإنتاج) وكانت ممثلة في الآتي:

ضريبة الأرض

الزراعية - وعوائد المباني - وهي المسماة بالضرائب على دخل الثروة العقارية - لأنها بدأت بعد معاهدة سنة ١٩٣٦ وإلغاء الامتيازات الأجنبية تتحمل عبء الكثير من المشروعات لهيئة البلاد - ورفعت مصر في ذلك الوقت شعار مكافحة (الجهل الفقير والمرضى) مما كان يستتبع أمولا كثيرة لمواجهة علاج ما كانت تعانيه في هذه

صندوق الدين - واستمر التدخل الأجنبي في شؤون مصر المالية حتى دخل الوزارة وزير إنجليزى لوزارة المالية ووزير فرنسى للاشغال - إلا أنه ظهرت حركة للشعب والجيش في فبراير سنة ١٨٧٩ قاصدين مبنى وزارة المالية - ورغم هذا ظل الوزيران الأجنبيان ومنحاق الفينو على قرارات مجلس الوزراء لدرجة أن وزير المالية الإنجليزي وضع مشروع تسوية مالية تجعل مصر عاجزة عن مداد ديونها - حتى تظل مصر دائما تحت الرقابة الأجنبية وظل الحال كذلك حتى تم عزل الخديوى اسماعيل من الحكم .

إلغاء دين المقابلة

ثم تولى الخديوى توفيق لحكم وفي عهده تم إلغاء (دين المقابلة) مما أضر بالملك المصريين وقوات الأحداث والثورات على مصر سنة ١٩٢٠ حيث أنقذ أول بنك وطنى هو (بنك مصر) دعامة الاقتصاد الوطنى للخروج من السيطرة الأجنبية والازمة الاقتصادية الى حاقت بالبلاد .

وكذلك في حفلات افتتاح قناة السويس .

لائحة المقابلة

وحاول الخديوى اسماعيل علاج الأزمة المالية فاستدان القروض من أهلى البلاد - إلا أن وزير المالية (اسماعيل صدقى) ابتدع أول ضريبة تفرض على الاطيان وصدر بها القانون المعروف (بلائحة المقابلة) وتنص على أن ملك الاراضى الذين يدفعون الضريبة المربوطة على أراضيهم لمدة ستة سنوات يعفون من نصف المربوط ويحصلون فائدة ٨ ٪ عما يدفعونه مقدما - وأقرت الحكومة ملكيتهم لاطيانهم .

ومع هذا عجز الخديوى اسماعيل عن مداد الديون الخارجية والداخلية - فأصدر مرسوما فى مايو سنة ١٨٧٦ بإنشاء (لجنة صندوق الدين) - وهى أول هيئة رسمية أوربية تفرض للتدخل الأجنبى فى مصر .

وأكثر من هذا ففي سنة ١٨٧٦ فرضت الحكومتين الانجليزية والفرنسية اللوصاية الأوربية على مالية مصر عن طريق انشاء نظام (المراقبة الثنائية) مع الإبقاء على

تتفاهى به الثغرات فأصدرت (قانون الضرائب على الدخل) تحت رقم ١٥٧ سنة ١٩٨١ فى ١٩٨١/٩/٧ ونشر بالجريدة الرسمية فى ١٩٨١/٩/١٠ .

وقد نصت مواد الاصدار فيه التواريخ الخاصة بالعمل باحكامه بالنسبة لكل نوع من الضرائب والتي شملته وهى :

أ - الضريبة على ايرادات رؤوس الاموال المنقولة .

ب - الضريبة على الارباح التجارية والصناعية .

ج - الضريبة على ارباح شركات الاموال .

د - الضريبة على المرتبات .

قانون رسم الدمغة

وبتاريخ ١١ مايو سنة ١٩٣٩ صدر القانون ٤٤ سنة ١٩٣٩ المتضمن فرض رسم الدمغة وضرائب أخرى - منها ضرائب مباشرة على الاسهم والسندات وحصص التأسيس وعلى أرباح اليانصيب والمراهقات - وضرائب غير مباشرة على المعاملات وتداول الثروة .

وظل العمل به بعد أن شملته عدة تعديلات حتى تقرر

أصبح يوجد بمصر نظام ضريبي واضح يشمل (الارباح التجارية والصناعية وكسب العمل) حيث تتضمن فرض الضريبة على الآتى :

١ (ايرادات القيم المنقولة من أسهم وسندات وغيرها من الاوراق المالية .

٢ فوائد الديون والودائع والتأمينات .

٣ ارباح جميع المهن التجارية والصناعية .

٤ المرتبات وما فى حكمها من الاجور والمكافآت والمعاشات وأرباح المهن الحرة وغيرها من المهن غير التجارية .

تعديلات هذا القانون :

وقد أدخلت على القانون ١٤ سنة ١٩٣٩ تعديلات فى بعض أحكامه بلغ عددها ثمانية وسبعين تعديلا - وكان آخر تعديل بالقانون ٤٨ لسنة ١٩٧٨ م .

تشريع جديد

ونظرا لظهور ثغرات كثيرة فى التطبيقات العملية والقضائية فى القانون ١٤ سنة ١٩٣٩ المعدل - فقد رأيت الدولة اصدار تشريع جديد

المرحلة - فالتجهت الى ضرورة - فرض أنواع جديدة من الضرائب والرسوم - وشكات لجانا متخصصة تبحث نظم وضع قوانين ضريبية جديدة وأسلوب تنفيذها - وقد بدأت اللجان عملها فى أواخر سنة ١٩٣٧ واستمرت تدرسه حتى انتهت من دراسته بوضع ثلاث مشروعات قوانين ضريبية فى ٢٣ مارس سنة ١٩٣٨ :

أولها : مشروعات قانون بفرض ضريبة على ايرادات رؤوس الاموال المنقولة وعلى الارباح التجارية والصناعية .
ثانيها : مشروع بقانون خاص بفرض ضريبة الدمغة .

ثالثها : مشروع بقانون خاص بفرض ضريبة على التراكات ورسم الاولولة .

وقد عرض المشروع الاول على مجلس النواب والشيوخ خلال سنة ١٩٣٩ ووافقا عليه - وصدر فى ٢٣ يناير سنة ١٩٣٩ ونشر فى الجريدة الرسمية برقم ١٤ سنة ١٩٣٩ بالعدد الصادر فى ٢٦ يناير سنة ١٩٣٩ .

ومنذ ذلك التاريخ وقد

هذا الربط على السنوات من ١٩٥٢ - ١٩٥٤ .

٣ - القانون ١٠٢ سنة ١٩٥٨ الذى عالج أوجه القصور والتفجرات فى القانونين السابقين .

٤ - القانون رقم ٥٥ سنة ١٩٦١ الذى قرر سريان ربط سنة ١٩٦١ على الرابع سنوات التالية .

٥ - القانون ٧٧ سنة ١٩٦٩ الذى نظم أحكام الربط الحكيمى بالسود ٥٥ ومكرراتها المضافة الى القانون ٤ ، سنة ١٩٣٩ .

الآن أنه بعد صدور القانون (٤٦ سنة ١٩٧٨) بشأن تحقيق العدالة الضريبية - ثم الغاء الربط الحكيمى اعتبارا من السنة الضريبية التى تبدأ بعد تاريخ العمل به .

والجدير بالذكر

أن المادة الثانية من القانون (١٥٧ سنة ١٩٨١) الخاص بالضرائب على الدخل تضمنت فى فقرتها الثانية على :

(الغاء احكام القانون ٤٦ سنة ١٩٧٨ بشأن تحقيق العدالة الضريبية فيما عدا المواد ٢٥ و ٢٦ فقرة أولى

القانون عدة مرات آخرها التعديلات التى قررها القانون ٤٦ سنة ١٩٧٨ - ثم ألغى هذا القانون بالقانون ١٥٧ سنة ١٩٨١ بنص المادة الثانية من قانون اصداره .

قوانين الربط الحكيمى

ولم تنف الدولة عند حد اصدار هذه التشريعات الضريبية فقط بل ظهر من واقع التطبيق العملى أنه توجد فئات من الشعب أصابها الضرر من ثغرات ظهرت فى القوانين فكان لزاما لضمان تيسير العمل الضريبى على الممولين وموظفى المصلحة اصدار قوانين الربط الحكيمى - تفاديا لحدة الخلاف بين الشعب والحكومة .

ومقتضى قوانين الربط الحكيمى هو سريان الارباح الحقيقية للممول فى سنة معينة على عدد من السنوات التالية - وقد صدرت هذه القوانين كالتالى :

- ١ - المرسوم بقانون ٢٤٠ سنة ١٩٥٢ الذى قرر سريان ربط سنة ١٩٤٧ على السنوات من ١٩٤٨ - ١٩٥١ .
- ٢ - القانون ٥٨٧ سنة ١٩٥٤ الذى قرر مد سريان

الغائه بالقانون ٢٢٤ سنة ١٩٥١ بتقرير رسم دعة والذي حل محله .

كما عدل هذا القانون الاخير عدة مرات حتى تقرر الغائه أيضا بالقانون رقم ١١ سنة ١٩٨٠ باصدار (قانون ضريبة الدعة) الذى عمل به ابتداء من ١/٦/١٩٨٠ م .

قانون الضريبة على التركات وقانون رسم الايلولة

صدر قانون رسم الايلولة على التركات فى ١٩٤٤/٨/٣١ برقم ١٤٢ سنة ١٩٤٤ - كما صدر القانون ١٥٩ سنة ١٩٥٢ بفرض ضريبة على التركات .

وقد جرت عليهما عدة تعديلات حتى صدر اخيرا القانون رقم (٢٢٨) سنة ١٩٨٩) بالغاء ضريبة التركات وقصر الضريبة على رسم الايلولة بهدف تخفيف الاعباء الضريبية .

قانون الضريبة على الايراد

هذا وقد صدر القانون رقم ١٩ سنة ١٩٤٩ بفرض ضريبة على الايراد ونشر بالوقائع المصرية بالعدد ١٠٢ فى ١٩٤٩/٨/٨ وقد عدل هذا

و ٢٩ و ٣٠ و ٣١ منه) .

قانون الضرائب على الدخل
١٥٧ سنة ١٩٨١

هذا وقد اصدرت الدولة
قانون الضرائب على الدخل
رقم ١٥٧ سنة ١٩٨١ ثم
أجرى عليه التعديل بالقانون
٨٧ سنة ١٩٨٣ - وكان مراد
الدولة من هذا القانون هو ما
ورد بالمادة الثانية من قانون
الإصدار حيث نصت على
إلغاء العمل بالقوانين الآتية :

١ - القانون ١٤ سنة
١٩٣٩ بفرض ضريبة على
رؤوس الاموال المنقولة وعلى
الارباح التجارية والصناعية
وعلى كسب العمل .

٢ - القانون ٩٩ سنة
١٩٤٤ بفرض ضريبة عامة
على الأيراد .

٣ - القانون ١١٥ سنة
١٩٥٠ بفرض ضريبة اضافية
على الارباح التجارية
والصناعية لمصلحة المجالس
البلدية والقروية .

٤ - القانون ٧ سنة ١٩٥٣
في شأن حصر الممولين
للضرائب على الثروة المنقولة
بالقانون ١٤ سنة ١٩٣٩ و ٩٥
سنة ١٩٧٣ بتنظيم تحصيل
الضريبة العامة على الأيراد
والتي تتضمن ملاك العقارات

المبينة و ٢٧ سنة ١٩٧٧
اعفاء فوائد البريد والبنوك من
الضريبة على إيرادات رؤوس
الاموال المنقولة .

٥ - القانون ٤٦ سنة
١٩٧٨ بشأن تحقيق العدالة
الضريبية وذلك فيما عدا
المواد ٢٥ و ٢٦ فقرة أولى
و ٢٩ و ٣٠ و ٣١ منه .

٦ - القانون ١١٣ سنة
١٩٧٣ بشأن فرض ضريبة
جهاد على إيرادات ورؤوس
الاموال المنقولة وعلى الارباح
التجارية والصناعية وكسب
العمل .

٧ - القانون ١١٧ سنة
١٩٧٣ بشأن فرض ضريبة
جهاد على بعض الاطيان
الزراعية الخاضعة لاحكام
القانون ١١٣ سنة ١٩٣٩
الخاص بضريبة الاطيان .

٨ - القانون ١١٨ سنة
١٩٧٣ بشأن فرض ضريبة
جهاد على ملاك العقارات
الخاضعة لاحكام القانون رقم
٥٦ سنة ١٩٥٤ بشأن ضريبة
العقارات المبنية .

٩ - القانون رقم ٢٢٧ سنة
١٩٥٦ الخاص بفرض
ضريبة اضافية للدفاع .

١٠ - القانون ٣٣ سنة
١٩٦٧ بفرض ضريبة

لاغراض الامن القومى .

١١ - وكذلك الغاء
الضريبة الاضافية بدائرة
المحافظات المفروضة كنسبة
على إيرادات رؤوس - الاموال
المنقولة وعلى الارباح
التجارية والصناعية .

كما أوردت المذكورة
الايضاحية للقانون ١٥٧ سنة
١٩٨١ أهداف القانون
المذكور وأعتبرت هذه
الضريبة أحد مظاهر
التضامن الاجتماعى الذى يحتم
على كل مواطن تحمل نصيبه
من أعباء الدولة مقابل حصوله
على الضمانات الاجتماعية
والسياسية والاقتصادية للسلطة
العامة .. وبحيث تكون
الضريبة معبرة عن السلام
الاجتماعى الذى يتمثل فى
مجال الضريبة على وضع
جانب من نشاط المواطنين فى
خدمة الجماعة وفقا لقدرات
كل منهم وبشرط توافر السلطة
التشريعية .. وبذلك تتوافر
للضريبة فى إطار مفهوم
السلام الاجتماعى العناصر
الرئيسية الآتية :

أ - العدالة ب - وفرة
الحصيلة ج - التوجيه
الاقتصادى والاجتماعى .

الامر الذى يترتب على أن

سياسة الإصلاح الاقتصادي
للزامة العالية وضريبة
المبيعات

واذ قد ظهرت في مصر
في الحقبة الأخيرة ما يهدد
الإصلاح الاقتصادي لوجود
عجز ضخم في الموازنة
العامة للدولة وما ترتب على
ذلك من آثار سلبية على ميزان
المدفوعات - وما أدى إليه من
وجود تضخم - وبالتالي
لضعف للقوة الشرائية للجنة
المصرية - وما ترتب على
ذلك كله من ركود اقتصادي
ظهرت الأزمة المالية فإن
النظرة الامينة الشاملة
المخلصة لتحقيق نجاح سمات
الإصلاح الاقتصادي -
تستلزم وبالضرورة وضع
أفضل النظم الضريبية التي
تناسب ظروف المجتمع
المصري .. وصولا إلى
الضريبة الموحدة التي يطالب
بتطبيقها الكثيرون من
الاقتصاديين .

هذا وقد توصل المشرع
المصري إلى فرض الضريبة
على المبيعات فصدر بشأنها
القانون رقم (١١) سنة
١٩٩١ في ٢٨/٤/١٩٩١
وهي في الواقع - ضريبة
انتاج - لأنها طبقا لأحكام

أيضا الضرائب على الاتفاق أو
ما يطلق عليه أحيانا الضرائب
السلعية .

وللضرائب على الاتفاق -
أو الضرائب السلعية - عدة
مسميات (كالضريبة على
الانتاج) أو (الضريبة على
المبيعات) أو (الضريبة على
الاستهلاك) أو (للضريبة
على القيمة الصناعية) أو
(الضريبة على رقم
الاعمال) أو (للضريبة على
المشتريات) .

وكما ذكرنا فإن مصر أول
ما عرفت : عرفت الضرائب
على الاتفاق في صورة
ضرائب على الانتاج من سنة
١٩٢١ التي تمثلت في ضريبة
الأرض الزراعية وعوائد
المباني .

هذا ولم يستمر تطبيق
القانون ١٣٣ سنة ١٩٨١
بفرض ضريبة على
الاستهلاك طويلا حتى تعدل
بالقانون (١٠٢) سنة
١٩٨٢ .

ثم ظهرت أخطاء وثورات
كثيرة في هذا القانون في
التطبيق العملي .

جاء النظام الضريبي يستمد
علاقته الجديدة تعبيرا عن
الواقع المعاصر للظروف
السياسية والاجتماعية
والاقتصادية .

قانون الضريبة على الاستهلاك

نمن صدر القانون رقم
١٣٣ سنة ١٩٨١ بفرض
الضريبة على الاستهلاك
ونشر بالجريدة الرسمية بالعدد
٣١ تابيع (٤) في
١٩٨١/٧/٣٠ - وصدر هذا
القانون كبدية لتنظيم فرض
وتحصيل هذا النوع من
الضرائب ليحل محل مئات
القوانين والقرارات التي كانت
صادرة بشأن ضرائب الانتاج
والاستهلاك وفروق الاسعار
وأتاوة التليفزيون وضريبة
الجهاد على بعض السلع .

وقد كان في نظر المشرع
أن هذا القانون هو بداية ثورة
للنظام الضريبي المصري
وتصحيحا للهيكل الضريبي
السليم متمشيا مع النظم
الضريبية الحديثة في جميع
نول العالم المتقدم .

لأن الهيكل الضريبي
لغالبية نول العالم كما يشمل
الضرائب على الدخل يشمل

واستيعاب أحكام هذا القانون أثارت نفوس الكثيرين ولكن بالنظرة المتأنية نجد أن لهذا القانون مزايا عديدة نركز أهمها في الآتي :

أولاً : يعتبر هذا القانون وسيلة فعالة لتمويل الموازنة العامة للدولة دون اللجوء إلى الوسائل والآثار التضخمية .

ثانياً : أن القانون تتوفر فيه العدالة الضريبية فعلى قدر الاستهلاك يكون السعب الضريبي وهذا سيؤدي إلى زيادة وعى الشعب بترشيد الاستهلاك .

ثالثاً : كما تفادى قانون ضريبة المبيعات سلبيات قانون ضريبة الاستهلاك الذى كان يستلزم تحصيل الضريبة كل عشرة أيام بمجرد سحب السلعة من صالات التشغيل مما كان يترتب عليه تقليل السيولة النقدية اللازمة للإنتاج .

رابعاً : كما وضع القانون الجديد قواعد بسيطة للنظام الضريبي بوضع الرقابة المباشرة على المصانع والتي لم تكن متوافرة فى قانون ضريبة الاستهلاك .

خامساً : كما أزال القانون الجديد الخلاف الذى كان قائماً

المتعاملين معها لم يكن لهم السبق فى التعامل مع الضريبة أو المصلحة القائمة على التحصيل لأنواع الضرائب المختلفة .

وبالرجوع إلى أحكام قانون الضريبة على المبيعات نجد أنه لم يخاطب (تجار الجملة وتجار التجزئة) فى المرحلة الأولى من تطبيقه حيث لم يوجه لهم الخطاب بل اقتصر فى تطبيق أحكامه فى المرحلة الأولى على (المنتج الصناعى والمستورد وموئدى الخدمة) .

وبذلك يتمتع على تجار الجملة وتجار التجزئة إضافة ضريبة المبيعات على السلعة ومخالفة ذلك يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون بالمواد (٤١) وما بعدها .

قانون ضريبة المبيعات بين المزايا والعيوب

ولقد ثار كثير من الجدل بين الاقتصاديين ورجال القانون والمسؤولين فى مصلحة للضرائب بل ولدى معلى الشعب بمجلس الشعب حول مزايا وعيوب هذا القانون ويبدو أن سرعة التطبيق لأحكام القانون دون تهيئة نفوس المواطنين لتلقى

القانون تطبيق على كل منتج صناعى سواء كان محلياً أو مستورداً - وتدخل ضمن التكاليف الكلية للإنتاج فى المرحلة الأولى لفرض الضريبة .

اذ يخاطب القانون كل منتج صناعى بلغ أو تجاوز لجمالى قيمة مبيعاته من السلع الصناعية المنتجة محلياً الخاضعة للضريبة والمعفاة منها خلال الاثنى عشر شهراً السابقة على تاريخ العمل بهذا القانون (٥٤) ألف جنيه وكذلك على مورد الخدمة الخاضعة للضريبة وفقاً لأحكام القانون - وقد حل هذا القانون محل (ضريبة الاستهلاك) التى ألغيت بصور قانون المبيعات الجديد .

والواقع أن هذا القانون الجديد فى عداد الضرائب غير المباشرة التى يلتزم المنتج أو المستورد أو مؤدى الخدمة فى مرحلة التطبيق الأولى للقانون بتحصيلها وتوريدها إلى الخزائنة العامة .

كما وأن هذا القانون الجديد جاء بأحكام ونظم جديدة لم تكن ولادة فى أية ضرائب سابقة ودخل ضمن المكلفين بأداء هذه الضريبة نوعية جديدة من

الضرائب في مصر يكون تطبيق أحكام القانون الضريبي على ثلاث مراحل وذلك حرصا من المشرع على المواطن المستهلك ذى الدخل المحدود - وحرصا على كل فئة خاضعة لأحكام قانون الضريبة على المبيعات سواء - المنتج والمستهلك ومورد الخدمة أو تاجر الجملة أو تاجر التجزئة .

كما جعل القانون تطبيق المرحلتين الثانية والثالثة من اختصاص رئيس الجمهورية بقدرها حسب الأحوال وطبقا لما يتوافر لدى مؤسسة الرياسة من معلومات عن مستوى الأفراد المحدود الدخل في المرحلة التالية .

خامس عشر: كما استحدث القانون ميزات جديدة للمناطق والمدن والأسواق الحرة وأهمها :

الميزة الأولى: بالنسبة للمشروعات التي تنتج داخل هذه الكيانات الثلاثة - المناطق والمدن والأسواق الحرة - حيث أخرجها من الالتزام بسداد الضريبة على كافة السلع والخدمات التي تنتج في داخلها وتصدرها بالكامل إلى الخارج .

القانون الجديد بين البضاعة المحلية المستوردة إذ جعل وعاء الضريبة على السلع المستوردة (سيف) بالإضافة إلى القيمة الجمركية - وهذه الاستحداث حق المزايا الكثيرة لرجال الصناعة في مصر - حيث شجعهم على تنشيط الصناعة الوطنية .

ثاني عشر: حققت ضريبة المبيعات حماية صغار المنتجين حيث جعلت الحد الأدنى للخضوع لها ٥٤ ألف جنيه تشجيعا لنمو صناعاتهم ولإشاركونا في مراحل أخرى عند وصولهم إلى الحد المقرر لمداها .

ثالث عشر : يسر المشرع في القانون الجديد واقعة استحقاق الضريبة على السلع المستوردة وجعلها ذات واقعة الاستحقاق للضريبة الجمركية وجعل نظام التعامل معها هي ذات النظم الجمركية ولم يضع نظاما خاصا لضريبة المبيعات اللهم إلا فئة للضريبة فقط التي حددها - وذلك تمهيدا للإجراءات على المستوردين وتقديرا للتعقيدات الإدارية للنظم الجمركية .

رابع عشر: كما أنه ولأول مرة في تاريخ قوانين

في ظل الاستهلاك حول التوضيف الدقيق للسلع الخاضعة للضريبة (والتي عانت منه كثير من الشركات والمصانع ونشأت بسبب الخلاف على التوضيف قضايا جنائية وغرامات مالية كبيرة أرهقت معظم المصانع والشركات .

سابعاً : عرّف القانون السلع الخاضعة للضريبة تعريفاً دون إيهام أو غموض وبذلك جعلها ضريبة سلمية بفئات قيمة سهلة المحاسبة والتطبيق والتحصيل .

ثامناً : استحدث القانون نظام التظلم في التقدير والربط ثم التحكيم الابتدائي والعالي وحدد لكل مواعيد للفصل في التظلمات إلى جانب حق الممول في اللجوء إلى القضاء .

تاسعاً : استحدث القانون نظام الصلح في المخالفات الضريبية ورتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية والغاء كافة ما ترتب على المخالفات من آثار .

عاشراً: شجّع القانون على التصدير بالإعفاء من ضريبة المبيعات على الصادرات .

سادس عشر: ساوى

الميزة الثانية: أنه أعفى هذه المناطق والمدن والأسواق الحرة من الضريبة على ما تسورده من سلع وخدمات لازمة لمزاولة النشاط المرخص لها به داخل هذه الكيانات .

الميزة الثالثة: حيث جعل القانون سلع الترانزيت أو السلع العابرة لا تخضع للضريبة - وبذلك شجع القانون الجديد الشركات والهيئات الأجنبية على إنشاء مناطق حرة لها في مصر تجذب إليها عماله مصرية وقد أجنبي وهو ما يعتبر عامل جوهري ضمن عوامل الإصلاح الاقتصادي .

سادس عشر: استحدثت المشرع في القانون الجديد نصاً يحمي منتج السلعة والمستورد ومؤدى الخدمة في حالات التصفية والتوقف الإرادي أو بالوفاة إذ جعل استحقاق الضريبة عند التصرف في السلع التي في حوزة المكلف - وهو ما كان يترتب عليه خلق واقعة جديدة لاستحقاق الضريبة .

سابع عشر: كما استحدثت القانون الجديد نصاً يترتب على تنفيذه تبرئة ذمة الممول

أولاً بأول من الضريبة المستحقة بأن الزم المكلف بالضريبة أو المسجل بإداء الضريبة مع الأقرار الشهري وكذلك الزم المستورد بأدائها مع الضريبة الجمركية .

ثامن عشر: كما أورد القانون الجديد ميزة للمصدرين حيث كانوا يستردون ضرائبهم وأماناتهم في فترة تزيد على ثلاث سنوات نتيجة حركة السورادات والصادرات الخاضعة للنظام القديم - أما الآن وفي ظل النظام الجديد المتكامل الخاص ببرد الضرائب الجمركية عند التصدير فإنه يسمح ببرد الضريبة خلال ثلاثة أيام .

وقد ورد ذلك ضمن تصريح للاستاذ / فتحى سلامة رئيس مصلحة الجمارك بجريدة الاهرام عدد يوم ١٩٩١/٥/٢٣ ص ٩ .

تاسع عشر: كما أعفى القانون الجديد أهم السلع الخاصة بمحدودي الدخل من الضريبة على المبيعات .

أما عن الانتقادات الموجهة الى قانون ضريبة المبيعات فإن أهمها الآتى :

أولاً : أن مؤدى تطبيق

الضريبة على من يصل حد إنتاجه ٥٤ ألف جنيه هو عدم التكافؤ في المنافسة لأن المنتج الصغير لن يتحمل اعباء الضريبة وبالتالي يمكنه البيع بسعر أقل عن المسجل الذي وصل الى أكثر من ٥٤ ألف جنيه .

ثانياً: كما يرى البعض أنها ضريبة غير واضحة وتتخذ بشكل مركب - رأى النائب محمد خليل حافظ الثابت بمضبطة مجلس الشعب جلسة ١٩٩١/٦/١ م .

كما يرى البعض الآخر أنها تعد رسماً على رسم فيما يتعلق بالجمارك لأنها تفرض على السلع المستوردة مع استيفاء الضريبة (الرسم) الجمركية .

ثالثاً: أن فرض الضريبة بواقع ١٠٪ على الآلات والمعدات الرأسمالية اللازمة للإنتاج ستؤدى الى رفع تكلفة الانتاج واعاقة نمو الصناعة المحلية .

رابعاً: أن الاثر المترتب على تنفيذ البند الثانى من المادة (٢٨) من القانون الخاص باعطاء المصلحة الحق فى أن يكون قرارها نهائياً فى حالة عدم تعيين

بالامتناع عن اعطاء قانونه
فى كل مراحل الانتاج سواء
لدى تاجر الخامات (المواد
الاساسية للتصنيع) أو عند
(التوزيع) وكذلك سيكون من
الصعب تطبيق القانون على
كثير من المحلات التجارية
الخاضعة له لعدم وجود آلات
حاسبة لدية أو عقول الكترونية
كما هو المتبع فى المحلات
تجارية المنظمة فى أمريكا
وأوربا بما سيؤدى الى التهرب
من الضريبة مهما كانت
العقوبات رادعة لان العبرة
بضمان تنظيم سير المنشأة أو لا
ثم تطبيق القانون عليها وعلى
نشاطها التجارى السلى أو
الخدمى بعد ذلك .

الضريبة العامة على الدخل بين الإبقاء والإلغاء

وإذا كان الكثير من
الاقتصاديين يؤكدون أن
فرض الضريبة على المبيعات
هو بداية الطريق للضريبة
الموحدة لحل الازمات
الاقتصادية القائمة حالياً
بمصر - فانهم فى ذات الوقت
يتناولون الضريبة العامة على
الدخل ويصنعونها - بعضهم
فى ميزان الإبقاء والبعض
الأخر فى ميزان الإلغاء -
ولقد ظهرت فى الفترة الأخيرة

مسجل بحيث تكون تقدير
القيمة وفقاً للمجريات للطبيعية
للأموار لسد منافذ التهرب واذ
وضع القانون قيداً على ما يلجأ
الى تخفيض قيمة المصلحة بقصد
التهرب من الضريبة الى تقدير
ثمنها أو الخدمة - بالمعنى أو
المقابل المساعد فى السوق فى
الظروف العادية فإن هذا القيد
سيفتح المجال لـ :
1- تصيد مخالفات كثيرة
للمسجلين بما سيترتب عليه
فى النهاية التهرب . . . دون
قوانين - أو الأحكام وكساد
السوق .

سائماً : لقد توسع القانون
فى باب التظلمات (من حق
المصلحة فى تعديل أقرار
مبيعات المسجل) - من السلع
والخدمات إذ عتد الهيئات التى
يجرى التظلم اليها وهى رئيس
المصلحة وكذا لجان التحكيم
الابتدائية ولجان التحكيم
العليا - واتساع نطاق هذا
الحق وتعدد مسيرته - عليه
حتماً كثرة عدد التظلمات من
الممولين وانشغالهم بها دون
التفرغ للإنتاج وزيادته وهو ما
يعسر نمو الإصلاح
الاقتصادى .

سائماً : أنه لا يوجد فى
القانون ما يحول دون التهرب
من الخضوع للضريبة وذلك

المسجل (للحكم) المعين من
قبله خلال عشرة أيام واعتبار
فوات المدة دون تعيين الحكم
امتناعاً من المسجل يترتب
عليه عدم قبول طلب التحكيم
منه الا اذا سدد خمسين جنبها
مصرياً عن المرحلة الاولى
فى التحكيم ومائة وخمسين
جنبها مصرياً للمرحلة الثانية
فى التحكيم - فى هذه
العقوبات على المسجل
اجحاف بحق هذا المسجل
رغم أنه صاحب المصلحة فى
التحكيم وكان أولى برعاية
القانون .

خامساً : فتح القانون
المجال لموظفى مصلحة
الضرائب على المبيعات
لتصيد المخالفات فى مجال
تقدير قيمة السلعة المنتجة أو
الخدمة المؤداة المقرر تحديد
قيمتها بالفاتورة الصادرة من
المسجل بما سيوفر الرهبة
لدى الممولين .

يظهر ذلك من أن القانون
الزم كل مكلف بالضريبة أن
يحدد فى الفاتورة الصادرة منه
قيمة السلعة المنتجة أو للخدمة
التي يؤديها فى حالة بيع
السلعة المنتجة أو تقديم الخدمة
من شخص مسجل بلغت حد
مبيعاته ٥٤ ألف جنيه سنوياً
الى شخص آخر مستقل غير

تغيرات متباعدة في هذا الشأن .

يظهر ذلك من أن أصحاب الرأي بالانكفاء يستندون الى أنها تمثل ازدياداً ضريبياً لا يجوز الانكفاء عليه أما المطالبين بالانكفاء فيرون ضرورة زيادة حد الإعفاء سنوياً بما يمتشى مع الارتفاع في الأسعار وكذلك أوضاع الأجور والمرتبات .

كما وأن أنصار الرأي بالانكفاء يرون أيضاً أن نفس الدخل خضع أكثر من مرة لضرائب مشابهة - فكل شروط الازدياد الضريبي متحققة في هذه الضريبة ويجب تلفيها - وذلك لكتفاء بغرض الضريبة على أنواع الدخل المختلفة .

وإذا كان المشرع يريد زيادة العبء الضريبي على من يحقق نوعاً معيناً من أنواع هذه الدخل فعليه أن يرفع سعر الضريبة النوعية المفروضة على هذا النوع من الدخل بالذات لا أن تأتي ضريبة أخرى على هذا الدخل بالإضافة الى الضريبة النوعية التي سبق فرضها - ومن أصحاب هذا الرأي الدكتور أحمد جامع ومنشور بجريدة الاهرام المسائي يوم

١٠/٦/١٩٩١ - ويقرر الدكتور جامع رأيه بأن الظلم يبدو واضحاً في الازدياد الضريبي بالنسبة للدخل المتحقق من العمل خصوصاً العمل لدى الغير الذي تفرض عليه ضريبة المرتبات والأجور مثل موظف الدولة أو القطاع العام حيث تفرض ضريبة الإيرادات على دخولهم بعد فرض ضريبة المرتبات وفي هذا مضاعفة لعبء الضريبة الواقع على أكتافهم في وقت كان من الأولى تخفيف هذا العبء خصوصاً وأنهم لا يستطيعون التهرب منها مثل غالبية الضرائب الأخرى لأن الضرائب المفروضة عليهم من المنبع .

وإذا كان هذا هو الرأي للغالب السائد في ذلك الوقت فإن الاتجاه نرى أن يكون مع أصحاب هذا الرأي الذي يؤيد الانكفاء كمفتاح لحل الأزمات الاقتصادية والتخفيف عن كامل المستهلكين ومحدودي الدخل - مع التوجه من جانب الدولة بتغليب الاهتمام بالانتاج على تغليب المعالاة في المطالبة بالضرائب - الى جانب الاهتمام بتسوية مشكلة الديون الخارجية .

ويؤكد في هذا ما قاله (فيلي برانت) رئيس الدولة الاشتراكية في كلمته امام المؤتمر الدولي للحواريين الشمال والجنوب الذي افتتح في بون يوم ١٦/١/١٩٩١ بقوله :

(ان التطور الاقتصادي والاجتماعي في دول العالم الثالث لن يتحقق الا بعد إيجاد حل لمشكلة الديون الخارجية التي تعاني منها هذه الدول)

- ومنشور بجريدة الاهرام في يوم ١٨/١/١٩٩٠ ..

وإذا كان ما ذهب اليه ليفي برانت يمثل الطريق السليم لحل الازمة الاقتصادية في دول العالم الثالث ومنها مصر . فإن القيادة السياسية العليا في مصر اعطت اهتمامها الكامل لحل هذه الازمة منذ سنة ١٩٨٢ - خصوصاً بعد حرب الخليج حيث بذل الرئيس حسنى مبارك جهوداً مكثفة واتصالات بالعديد من زعماء الدول و ٤٨ عضواً من الكونجرس الامريكى وتمكن من إسقاط الديون العسكرية ونصف ديون مصر - كما أدت هذه الخطوات الى الاتفاق

مع صندوق النقد الدولي ونادى
باريس .

العودة الى الاستدانة

ومع هذا فقد بدأت في
أواخر يونيو ١٩٩١ المباحثات
الاقتصادية بين مصر وكل من
فرنسا والمجموعة الاوربية
بالقاهرة لتحصل مصر من
فرنسا على ٧٠٠ مليون فرنك
 لتمويل مشروعات التنمية
و ٥٠ مليون فرنك منحة كما
ستحصل على ٦١٦ مليون
دولار من المجموعة
الاوربية .

هذا رغم تصريح الدكتور
يوسف والي نائب رئيس
الوزراء في اول ثورة بمعهد
اعداد القادة بمدينة السلام
والمشور بجريدة الاهرام
المسائي يوم ١٢/٦/١٩٩١
ص ٤ من اعطاء الرئيس
حسنى مبارك الاوامر لكافة
الوزراء بعدم الاستدانة الا اذا
كانت الوزارة قادرة على
الوفاء بالقرض .

هذا كما أعلن ميشيل
كمنيسيو رئيس صندوق النقد
الدولي أن مصر ستحصل على
اربعمائة مليون دولار لدعم
برنامج الإصلاح الاقتصادى .
وإشاد رئيس صندوق النقد
بالروح الطيبة للعديد من الدول

تجاه مصر وميادنها بامقاط
ربع الديون المستحقة على
مصر .

وقال في كلمته التي نثرتها
المجلة الدولية للصندوق أن
مصر أعدت برنامجا شاملا
للاصلاح يعالج جوانب مختلفة
أهمها أسعار الصرف والفائدة
وتطوير القطاع العام وعلاج
عجز الموازنة من مدخول

حجوزة - ٢ - وأضاف رئيس
الصندوق تأكيدات علمية
برنامج الإصلاح
فى مصر وأن التصويت على
اقتراحه الخاص بمنح
مساعدات مالية لمصر هو
تصويت دولى على الثقة
بإقتصاد فى مصر التى تسعى
الى الاعتماد على نفسها .
بدعوى التخفيف من حدة
الازمة والتقليل من اعباء
الديون القائمة وتقادى زيادة
الاعباء الضرائبية على
محدودى الدخل .

الا ان بعض لاقتصاديين
يرون انه يمكن للمشروع
المصرى ان يعالج الازمة
الاقتصادية ويحمى نوى
الدخل المحدود وهم القاعدة
الشعبية العريضة بمراعاة ذلك
قبل الانتقال الى المرحلة التالية
الواردة بقانون ضريبة

المبيعات - وبحيث بعد تطبيق
مراحلها الثلاث فانه يمكن
التوصل الى التطبيق الكامل
لقانون ضريبة المبيعات
والتحكم فى الاسعار
والاعفاءات الضريبية الواردة
فيه . ومن بين اصحاب هذا
الرأى الدكتور عصمت عبد
الكريم استاذ الضرائب الذى
يضيف :

(انه يمكن ان يستكمل
النظام الضريبى المصرى بعد
انتهاء هذه الفترة بضرورة عامة
على دخول الاشخاص
الطبيين لحل محل النظام
الحالى للضرائب على الدخل
يدخل فى وعائها جميع
مصادر الدخل ويعفى منها
اصحاب الدخل المنخفضة
والمحدودة اكتفاء بحملهم
الضريبة العامة على المبيعات
وذلك للحد من آثار تلك
الضريبة عليهم باعتبارها
ضريبة غير مباشرة وتكون
بأسعار معتدلة وتضاعفيا -
فتتساعد بارتفاع شرائح
الدخل وتكملها الضريبة على
ارباح شركات الاموال -
وبذلك يتم تحقيق نظام ضريبى
متكامل يقوم على ضريبتين
عامتين اساسيتين هما :

(الضريبة العامة على

المبيعات والضريبة العامة على نفول الأشخاص الطبيعيين (-) التي تكملها ضريبة على ارباح شركات الاموال .

وليس ما يمنع من وجود بعض الضرائب الثانوية الاضافية والرسوم مثل الضرائب الجمركية ورسوم المغة والتسجيل - كما هو فى جميع الانظمة الضريبية () .

من بحث فى تطبيق

الضريبة على المبيعات منشورا بالاهرام الاقتصادى العدد ١١٦٧ سنة ١٩٩١ .

وبذلك تكون بداية الطريق للضريبة الموحدة بدأ بضريبة المبيعات الحالية الجارية التطبيق ويتم تنفيذ مراحل الضريبة الثلاث ف سوف يعود عليها الجميع وستخف حدة الازمة بالتمويل الهادف من فرض الضريبة تفادى الاستدانة بما ستحصر معه بذلك الازمة ثم تتحول الى تكرى - ثم

نتماسها .

ولقد سبقنا شعوب كثيرة ذاقوا الوانا وأشكالا مختلفة من الازمات والحرب والعذاب ولم تستسلم - بل قاومت وصبرت - - - - - واستطاعت ان تصنع الحياة الجميلة من جديد ولكن اسوى صموداً وأكثر صبراً . حتى يجيء اليوم الذى تشرق فيه الشمس وتخفى فيه المتاعب والازمات .

وأنه بأن الله قريب،،،،،

وصف الدنيا ...

قال الامام على بن أبى طالب كرم الله وجهه فى وصف الدنيا .

دار أولها عناء وآخرها فناء ، حلالها حساب ، وحرامها عقاب ، من أستغنى فيها فتن ومن افتقر فيها حزن .

أصول التكييف فى المواد الجنائية

السيد الأستاذ المستشار / عبدالفتاح مراد
رئيس محكمة الاسكندرية

تمهيد :

عند عرض الواقعة على النيابة العامة بعد انتهاء الاستدلالات والتحقيقات تقوم النيابة العام بتكييف الواقعة المطروحة ووصفها وقيدھا طبقا للنصوص التحريم المناسبة ، ومن هنا يتضح أهمية التكييف الصحيح لواقعة الدعوى لان التكييف غير الصحيح يؤدى الى خطأ فى تطبيق القانون ومن هنا تبدو أهمية للتكييف بالنسبة للمحقق والقاضى والخصوم فى الدعوى الجنائية^(١).

تقسيم :

نظرا لأهمية موضوع التكييف فسوف نعرض له فى المباحث التالية :

المبحث الاول : دور المحقق والقاضى فى تكييف الواقعة .

المبحث الثانى : المشكلات العملية فى تكييف الواقعة فى القانون الجنائى .

المبحث الثالث : العوامل التى تؤدى الى الخطأ فى التكييف الواقعة .

المبحث الاول

دور المحقق والقاضى فى تكييف الواقعة

أهمية التكييف :

التكييف qualification مشكلة ملحة تفرض نفسها على المحقق والقاضى والباحث فى مختلف فروع القانون^(٢) مكرر فى نطاق القانون الجنائى يتعين وصف الفعل الذى ارتكبه المتهم لمعرفة ما اذا كان يعتبر من قبيل المرفقة او خيانة الامانة او اختلاس الاموال الأميرية الخ .

التكييف على هذا النحو اذن هو تحليل للوقائع والتصرفات القانونية تمهيدا لاعطائها وصفها الحق ووضعها فى المكان الملائم من بين التصنيفات المائدة فى فرع معين من فروع القانون^(٣)

وتبدو بذلك أهمية التكييف فى مجال القانون الجنائى بوصفه عملية اولية ولازمة لاختصاص التصرفات او الواقعة القانونية محل النزاع للنص القانونى الذى يحكم هذا التصرف او تلك الواقعة . ومن هنا كان الخطأ فى التكييف مسألة قانونية تخضع دائما لرقابة محكمة التظن^(٤) .

التكييف القانونى والتشخيص الطبى :

والتكييف وفقا للمعنى الذى حددناه فى اطار العلوم القانونية قريب الشبه الى حد كبير بالتشخيص فى مجال الطب . فاذا كان من اليسير على طالب كلية الطب ان يفرق بوضوح بين العلاج المقرر لمرض معين ، والعلاج الذى يتعين اتباعه لمرض آخر ، فان تشخيص حالة المريض . وما اذا كان يشكو من هذا المرض او ذاك هو امر لا يسهل على المبتدئ

كيف يقوم المحقق والقاضى بتكييف الواقعة :

ان الدعوى تعتبر امام المحكمة خليطا من الواقع والقانون والقاضى عند تطبيقه للقانون لا بد منه امام نصوص تحتاج الى التفسير والتطبيق وانما يصنف مجموعة من الوقائع يتوص على تحديدها اختيار القاعدة القانونية وهو ايضا فى تفسيره للواقعة وتطبيقها لا يضع بحثا قانونيا مجردا وانما يفصل فى دعوى محددة لها ظروفها الخاصة ووقائعها الذاتية مما يؤثر فى تحديد كلمة القانون واذا كان الامر كذلك خليطا من الواقع والقانون وظروف خاصة بكل دعوى ، فان للقاضى يحتاج كل الاحتياج الى ممارسة نشاط فكري يتصف بالمنطق حتى يحسم هذا الامر .

فالقاضى متى اتم فهم الواقع فى الدعوى فانه يبحث عما يجب تطبيقه اى تنزيله من احكام القانون على هذا الواقع ولما كانت احكام القانون مطلقات وعموميات تتناول انواعا واعدادا من الحوادث لا تنحصر وكانت هذه الحوادث

السليم فى نطاق القانون ، اسوة بالتشخيص الصحيح فى مجال الطب للنبوغ فى كل من هذين الفرعين من فروع المعرفة ، بالاضافة الى كونها الاماس الذى لا غنى عنه لحسن تطبيق ما يتضمنه كل من الفرعين السابقين من احكام . ومع ذلك فان عملية التشخيص فى الطب تبدو اكثر سهولة ويسرا بالمقارنة بالتكييف فى مجال القانون . اذ يستطيع الطبيب ان يستعين فى تشخيصه للمرض بوسائل مادية ومعملية يمكن عن طريقها القطع بسلامة التشخيص المبلى الذى انتهى اليه . فهو يستطيع مثلا ان يتأكد من حقيقة حالة المريض عن طريق الاشعة والفحوص المعملية . بل والعمليات الجراحية التى تهدف الى مجرد الكشف عن حقيقة الداء . وكل هذه الوسائل لا يملكها الباحث القانونى ، ولذى تعد عملية التكييف بالنسبة له عملية محض تجريدية وذنية ولهذا فهو لا يستطيع ابداء الجزم بسلامة التكييف الذى انتهى اليه بصفة مطلقة . وهذا هو شأن كافة العلوم الاجتماعية ولتى تعد حقائقها نسبية الى حد بعيد^(١) .

تبينه فى جميع الاحوال ، رغم ما لهذه المسألة من اهمية جوهرية غير خافية بوصفها مسألة اولية لازمة لتحديد العلاج الصحيح .

وهكذا يبدو انه اذا كان من اليسير فى مجال العلوم الطبية الاحاطة بانواع الامراض المختلفة والطرق المقررة لعلاج كل منها ، فان تشخيص حالة المريض المطروحة على بساط البحث ليست بمثل هذه السهولة . ففى هذا التشخيص تتمثل القدرة الحقيقية للطبيب الكفاء ولتى تميزه عن غيره من الاطباء .

والامر لا يختلف كثيرا فى مجال العلوم القانونية . فقد يسهل على الكثيرين الاحاطة بالاحكام التى يتضمنها قانون معين . فطالب كلية الحقوق يعرف جيدا الاحكام الخاصة بكل من عقد البيع وعقد الايجار او عقد الهبة مثلا . اما لراك التكييف الحق والوصف السليم للعقد محل البحث فهى تتطلب فهى عملية ذهنية تحتاج الى خبرة خاصة وبصيرة نافذة . بالاضافة الى ما تتطلبه من حاسة قانونية مرهفة .

وعلى هذا النحو يمكن القول بان القدرة على التكييف

انواع التكييف :

١. ومفاد ما تقدم ان التكييف عملية يجريها الخصوم والمحقق والقاضى فى كل نزاع يعرض لهما ويعبر عنه باصطلاح الوصف القانونى ، ويقصد به تحديد انتهاء ظاهرة الى فكرة قانونية معينة ، وهو عصب العمل القضائى اذ يخرج عن نطاق الاعمال المادية التى يباشرها القاضى وتقع فى مجال اعماله الفنية^(١).

وينقسم التكييف من حيث الموضوع I. objet الى التكييف للواقعة qualification do fait ووصفها بانها عمد او ضرب اقضى الى موت . وتكييف للجريمة qualification d'intrusion 'اعتبارها مخالفة او جنحة او جناية . كما ينقسم التكييف من حيث المضمون الى ايجلبى وهو اعتبار واقعة ما جريمة. وملبى وهو اخراج الواقعة من نطاق التجريم .

ويتم التكييف فى ضوء القانون الواجب التطبيق ، فما دامت الواقعة تخضع للقانون الوطنى فان تكيفها يتم فى ضوء نصوصه ، بعكس ما اذا خضع للقانون الأجنبى ، فانها طبقا له ^(٢) . ولا يتقيد القاضى

لا تقوم الامعينة ، لكل معنى منها خصوصية ليست فى غيره فلا سبيل لتزويل تلك الاجكام على هذه الحوادث إلا بعد معرفة ان ذلك المعنى يشمل ذلك المطلق او ذلك العام وقد يكون صعبا وكله على كل حال فيه نظر واجتهاد وهذا الاجتهاد هو ما اسماء القانون فى حاصل فهم الواقع فى الدعوى الى حكم القانون او وضعه تجت عموم للقاعدة القانونية المنطبقة فتكييف القانون حادثا او امرا او عقدا او تصرفا هو تسميته اياه باسم قانونى يحصل به لمسمى هذا الاسم من آثار واحكام قانونية فتكييف ما يقع من اخذ مال الغير بغير حق هو تسميته بانه سرقة او تبديد او خيانة امانة او نصب ليطلق على الأخذ مادة العقوبة التى يستحقها على فعلته^(٥).

وتظهر اهمية وخطورة دور القاضى فى هذا المجال ان الشارع لم يجر فى وضع الالفاظ القانونية على وتيرة واحدة فهو يصفها مكثفيا فيها بما ترسمه عند السماع او القارئ من صور المعانى كسوقه جريمة هناك العرض والسب والافتراء والفاظ السب وغير ذلك .

فى تكيفه للواقعة برأى الخصوم او اتفاقاتهم فهو صاحب السلطة فى صده ، وكل ما يتقيد به نصوص القانون وقاعدة احترام حقوق الدفاع ، وفى مباشرته لهذه السلطة قد يستبعد عنصرا تمسك به الخصوم او يضيف عنصرا لم يتمسكوا به ، ولكنه يقف عند تكييف الوقائع المطروحة عليه سواء وردت فى محاضر الاستدلالات او لتحقيق الابتدائى او النهائى او فى محاضر اعمال الخبراء المتنبئين فى الدعوى دون غير ذلك من الوقائع .

والتكييف ينصب على الوقائع الموضوعية كتكييف واقعة بانها سرقة او تبديد ، كما يزد ايضا على الوقائع الاجرائية كما اذا انتهت المحكمة الى ان الواقعة قبض وليست مجرد استيقاف^(٨) .

محكمة النقض المصرية والرقابة على التكييف :

لم تتردد محكمة النقض فى مصر فى فرض رقابتها على التكييف الذى تجريه محاكم الموضوع سواء فى مجال الوقائع الموضوعية او الاجرائية .

ورضعه يده في جيبه مخرجا
لغافة غير واضحة لا بعد
تلبسا^(١٦)، وأن تلبت الشخص
يمنة ويمرة وارتيابه عند
رؤية رجل الشرطة لا يعد من
حالات التلبس^(١٧)، كما
راقبت تكييف الحكم الصادر
وما اذا كان حضوريا ام غيابيا
فقضت بان العبرة في وصف
الحكم بانه حضوري او غيابي
هي بحقيقة الواقع بصرف
النظر عما نقوله المحكمة
عنه^(١٨).

نطاق التكييف الخاضع لرقابة محكمة النقض :

لا تنف رقابة النقض
للتكييف على مسائل دون
غيرها فكل مسألة كیفتها
محكمة الموضوع تخضع
لرقابة النقض. فالرقابة
تنصب على تكييف محكمة
الموضوع لطلبات الخصوم
ودفعهم. كما تنصب على
وقائع الدعوى سواء في ذلك
ما تعلق منه بموضوعها او
اجراءاتها. ومثال ذلك الاولى
تكييف شروط التجريم او
موانع العقاب او اسباب
الاباحة. ومثال الثانية وصف
اجراء معين بانه استيفاف او
قبض^(١٩) او تكييف اجراء بانه
مجرد دخول منزل او تفتيش. وقد
ترد رقابة النقض على تكييف

المعد^(٢٠)، كما قضت بان
جريمة الفعل الفاضح تتحقق
متى صدر من المتهم اى من
الافعال المنافية للأداب في
الطريق العام^(٢١)، وان قيام
المتهم بعلاج المجنى عليه
بغير تصريح له بذلك مما
ترتب عليه المماس بسلامته
يوفر جريمة احداث الجرح
المعد المنصوص عليها في
المادة ٢٤٢^(٢٢)، وقضت
ايضا بان اعطاء شيك بدون
رصيد الى المستفيد يحقق
الجريمة المنصوص عليها في
المادة ٣٣٧ عقوبات طالما كان
المتهم على علم بعدم وجود
رصيد^(٢٣).

ومن ناحية اخرى،
استقرت محكمة النقض على
رقابتها على الوقائع
الاجرائية: فقضت بان
مشاهدة شخص يمسير في
الطريق في ساعة متأخرة من
الليل ومطالبته بتقديم بطاقته
الشخصية لا يعد قبضا بل
مجرد استيفاء^(٢٤)، كما
قضت بانه اذا أبلغ مأمور
الضبط ان المتهم يتجر في
المخدرات فتوجه اليه وما ان
شاهده الاخير حتى جرى
محاو لا الهرب فذلك لا يعد من
حالات التلبس^(٢٥)، وان
مجرد ارتيابه الشخص

فقد راقبت محكمة النقض
ما اسند الى المتهم من واقعة
حصوله على مال بالتهديد
وخلصت الى ان ملكيته لهذا
المال تنفى عنه الملوک
المجرم^(٢٦). كما راقبت
محكمة الموضوع فيما خلصت
اليه من تقديم بلاغ في حق
وكيل النيابة ينسب اليه فيه
حصوله على مبلغ مقابل حفظ
جناية اختلاس يعد بلاغا
كاذبا^(٢٧)، وراقبت تكييف
تقليد علامة تجارية وانتهت
الى ان الجريمة تتحقق متى
توافرت اوجه الشبه بين
العلامة الصحيحة وتلك
المقلدة^(٢٨)، كما ألغت حكما
لمحكمة الموضوع قضى
ببراءة المتهم ورفض للدعوى
المدنية قبله فيما اسند اليه من
واقعة تقليد العلامات التجارية
واستندت الى انه متى اثبت
الحكم ان المتهم استعمل
زجاجات فارغة تحمل علامة
شركة الكوكاكولا المسجلة فان
ذلك يوفر الجريمة المنصوص
عليها في القانون ايا كان لون
المياه المعبأة فيها او
نوعها^(٢٩)، كما قضت ايضا
بانه متى ثبت لمحكمة
الموضوع ان المتهم ضرب
المجنى عليه بمكين عدة
طعنات قاصدا قتله فانه يكون
قد ارتكب جريمة القتل

القانون الاجرائى لا الموضوعى فحسب ، بل ان أهم آثار هذه التفرقة وأجدرها بالذكر تظهر هنا بوجه خاص فمنها :

اولا :ضمانات التحقيق الابتدائى ، فهى فى الجنايات تختلف عنها فى الجنب والمخالفات ، فمثلا لا يجرى استجواب المتهم فى جنائية confrontation او مواجهته بالشهود jure de partie او باقى المتهمين Affrontation الا فى حضور محاميه او بعد دعوته للحضور (م ١٢٤ ، ١٢٥ اجراءات) ، حين لا يلزم ذلك فى الجنب والمخالفات . ومثلا يجوز القبض على المتهم فى جميع الجنايات لمجرد توافر دلائل كافية قبله حين لا يجوز فى الجنب الا عند التلبس ، او فى جنب واردة على مبدل الحصر متى توافرت الدلائل الكافية ، ولا يجوز فى المخالفات اصلا (م ٣٤ و ٣٥ اجراءات) .

ولا يجوز تفتيش شخص المتهم لا عند القبض القانونى الصحيح عليه طبقا لهذه المغايرة (م ١/٤٦ اجراءات) . ولا يجوز تفتيش المنازل

واقعة طبيعية ترتب آثارا قانونية كما قد ترد على واقعة ارادية . مثال الاولى تكيف حالة بانها جنون ينفى مسئولية الجانى ، ومثال الثانية اجراء بانه ترك للخصومة (٢٣) ، ولخيرا فقد تنصب رقابة النقض على تكيف للجريمة ذاتها وما اذا كانت تعد مخالفة او جنحة او جناية .

حدود رقابة محكمة النقض على التكيف :

عنيت محكمة النقض بوضع ضوابط رقابتها على التكيف ، فهى ترأب ما انتهت اليه محاكم الموضوع من وقائع وامور حازت قوة الشيء المحكوم فيه نون غير ذلك من الوقائع الثابتة فى التحقيقات .

وبداهة تلزم محكمة النقض بالاصول ولقواعد العامة والمعايير التى تحكم فكرة التكيف بوجه عام (٢٤) .

المبحث الثانى

المشكلات العملية فى تكيف الواقعة فى القانون الجنائى الآثار الاجرائية لتكيف الواقعة :

للتفرقة بين الجنايات والمخالفات آثار هامة فى نطاق

الا فى الجنايات والجنب نون المخالفات وبناء على توافر دلائل كافية (م ٩٠) . كما ان الحبس الاحتياطى يجوز فى جميع الجنايات بعد توافر مبرراته وفى الجنب بشروط خاصة ، حين لا يجوز فى المخالفات (م ١/٣٤) (٢٥) .

ثانيا :ونجد ان اجراءات الاحالة الى محكمة الموضوع تختلف فى الجنايات من جانب ، عنها فى الجنب والمخالفات من جانب آخر ، فمثلا لا تحال الجنايات الى محاكم الجنايات الا عن طريق المحامى العام بحسب الاصل ، ذلك حين تحال الجنب والمخالفات الى محكمة الموضوع بناء على امر يصدر من قاضى التحقيق او مستشار الاحالة ، بناء على تكليف المتهم مباشرة بالحضور من قبل احد اعضاء النيابة العامة (م ٢٣٢ اجراءات معدلة بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٦٢) .

ثالثا :ان الجنايات لا تحال الى محكمة الجنايات الا بعد تحقيقها بمعرفة احدى سلطات التحقيق بالمعنى الضيق . فلا تكفى فى ذلك مجرد

الاستدلالات ، حين انتها قد تكفى فى الجنح والمخالفات .
 رابعا : ان الجنايات لا تعرف نظام الادعاء المباشر ، حين تعرفه الجنح والمخالفات بشروط معينة (راجع م ٢٣٢ ، ٢٣٣) ويترتب على ذلك ان احوال بوقط الحق فى اختيار الطريق الجنائى بعد البنى تختلف فى الجنايات عنها فى الجنح والمخالفات (٢١) .

خامسا : ان الاختصاص فى الجنايات لمحاكم الجنايات ، فلا اختصاص لهذه بنظر الجنح الا فى احوال استثنائية ، ذلك حين ان الاختصاص بالجنح والمخالفات هو للمحاكم الجزئية ، فلا اختصاص لهذه بنظر الجنايات .

سادسا : ان قواعد المحاكمة فى الجنايات تختلف عنها فى الجنح والمخالفات ، بما فى ذلك ضمانات هذه المحاكم ، وترتيب اجراءاتها بما يضيق المقام عن تفصيله ، ويكفى ان نشير هنا الى ان حضور مدافع عن المتهم وجوبى فى الجنايات جوازى فيما عداها .

وانه يجب على المتهم فى

جناية او جنحة معاقب عليها بالحبس ان يحضر بنفسه ، اما فى الجنح الاخرى والمخالفات فيجوز له ان ينيب عنه وكىلا لتقديم دفاعه . وهذا مع عدم الاخلال بما للمحكمة ما الحق فى ان تأمر بحضوره شخصا (م ٢٣٧ اجراءات) .

سابعا : ان الاوامر الجنائية غير جائزة فى الجنايات ، جائزة فى الجنح والمخالفات فقط ، وفى نطاق معين .

ثامنا : ان طرق الطعن تختلف فى الجنايات عنها فى الجنح والمخالفات فحين تنظر الاولى بالنسبة للموضوع على درجة واحدة تنظر الثانية على درجتين بحسب الاصل . اما بالنسبة للقانون فتتفرق الجنايات على درجتين والجنح على ثلاث ، والمخالفات على درجتين فقط لاذ اجاز استئنافها ، ذلك ان الطعن بالنقض يجوز بالنسبة لاحكام محاكم الجنايات جميعا ، وبالنسبة لاحكام محاكم الجنح المستأنفة فى جنح دون المخالفات .

كما نجد ان احكام المحاكم الجزئية والاستثنائية تخضع لنظام المعارضة فى الأحكام الغيابية ، وكذلك لاحكام محاكم

الجنايات فى الجنح والمخالفات .
 عندما تنظرها استثناء ، كما فى احوال الخطأ فى الوصف والارتباط . حين لا تخضع لهذا النظام احكام محاكم الجنايات فى الجنايات ، بل يبطل الحكم الغيابى من تلقاء نفسه بمجرد ظهور المتهم او القبض عليه (م ٢٩٥) ، بما يترتب على ذلك من نتيجة خطيرة هى جواز الحكم على المتهم بمقوبة اشد من تلك السابق الحكم بها ، حين لا يجوز ذلك عند المعارضة من المتهم فى احكام الجنح والمخالفات .

تاسعا : ان مدد تقادم الدعوى عشر سنوات الجنايات ، وثلاث للجنح ، وسنة واحدة للمخالفات (م ١٥ اجراءات) .

عاشرا : ان مدد تقادم العقوبة عشرون سنة للجنايات (وثلاثون اذا كانت الاعدام) حين انها خمس سنين فقط للجنح ، وستان للمخالفات (م ٥٢٨ اجراءات) .

حادى عشر : ان القانون قد فرق بين الجنايات والجنح والمخالفات فيما يتعلق بأثر الحكم غيابيا بالعقوبة من حيث نظام التقادم نفسه لا مدته

اجرائية ، كما ان بعضها الآخر استدل بخضوع الواقعة لقاعدة اجرائية معينة - او عدم خضوعها - على حقيقة وصفها في تقدير القانون الموضوعي . ومن ذلك ان بعض الاحكام استدل في تكييف الجرائم المترتبة بالاعذار القانونية المخففة بنوع المحاكم المختصة بنظرها ، ومدى جواز التجنيز فيها . عندما كان جائزا ، كما استدل بعضها الآخر بنفس هذه الاعتبارات على تكييف الواقعة في العود المتكرر .

هذا من جانب ، ومن جانب آخر فان بعض القواعد الواردة بين نصوص الاجراءات الجنائية ، مثل تقادم الدعوى والعقوبة ، هي في حقيقتها قواعد موضوعية ، او ذات موضوعية ، ولذا تلحق بها في كثير من الاحيان ، خصوصا عند تعديل النص والبحث في سريانه بأثر رجعي ، ومبدأ هذا السريان ، فتقادم الدعوى يشبه في اثره الى حد بعيد حكم البراءة ، بل ان المحاكم في العمل تقضى عادة بالبراءة لمجرد هذا الانقضاء ، لا بسقوط الدعوى فحسب ، كما أن تقادم العقوبة يولد اثارا تشبه اثار العفو عنها . ولذا كان

عقوبة جنائية وثلاث اذا كانت عقوبة جنحة (م ٥٣٧/ثانيا اجراءات) .

كما تتفاوت مدد رد الاعتبار بحكم القانون طبقا لما اذا كانت العقوبة المحكوم بها هي عقوبة جنائية او عقوبة جنحة (م ٥٥٠ اجراءات) .

التكييف بين القانونيين الموضوعي والاجرائي :

مكننا تظهر لهذا التوزيع الثلاثي للجرائم في تشريعنا المصري نتائج هامة في القانون الاجرائي فضلا عن النتائج التي لمناها في نطاق القانون الموضوعي فيما سبق ، على انه من الملاحظ ان تكييف الواقعة على نحو معين يرتب من تلقاء نفسه جميع النتائج الموضوعية والاجرائية المترتبة على هذا التكييف ، فلا توجد طريقتان له : احدهما موضوعية والاخرى اجرائية ، كما لا توجد بالتالي حدود فاصلة بين نطاق كل من القانونيين في الآثار المترتبة عليه .

وقد اضطرت بعض المحاكم الى تكييف الواقعة في القانون الموضوعي على نحو معين مترتب على هذا التكييف ما اقتضته الحال من اثار

فحسب ، ففي الجنائيات تكون العقوبة المحكوم بها غيابيا - ولو كانت مجرد لحبس - خاضعة من وقت للحكم بها لنظام سقوط العقوبة بالتقادم اسوة بالاحكام الحضورية فلا يجوز من ثم الحكم بانقضاء الدعوى بالتقادم في جنابة صدر فيها حكم غيابي^(٢٧) ، اما في الجنب والمخالفات فان الحكم الغيابي فيها - ما دام لم يعلن للمحكوم عليه - هو مجرد اجراء من اجراءات الدعوى لا يرتب عليه الا قطع مدة تقادم الدعوى العمومية وتبدأ من تاريخ صدوره مدة هذا التقادم .

ثاني عشر : ان التصرف في الجنائيات بالأمر فيها بان لا وجه لاقامتها لا يكون الا من المحامي العام او من يقوم مقامه دون غيره من وكلاء النيابة او مساعديه (م ٢٠٩ اجراءات) والا كان باطلا . حين يجوز صدور الامر بان لا وجه لاقامة الدعوى في الجنب والمخالفات من أي عضو من اعضاء النيابة^(٢٨) .

ثالث عشر : ان رد الاعتبار القضائي يتطلب ان يكون قد انقضى من تاريخ تنفيذ العقوبة او صدور العفو عنها بمت سنين اذا كانت

تأويل القانون أو في تطبيقه على الوقائع الثابتة ، وربما لصور قانون جديد يغير من نوع الواقعة .

وهذا التغيير قد يطرأ في مرحلة التحقيق ، أو الاحالة أو المحاكمة أو ربما عند نظر الطعن في الحكم . وقد يتغير الوصف أثناء ذلك أكثر من مرة واحدة فما العمل؟ هل تكون العبرة بالوصف القديم أم الجديد ؟ لذا أشرت في مناسبة سابقة الى أن المشكلة في القانون الاجرائي هي في حقيقتها مجرد ، مشكلة تعيين وقت ، هي أن نجيب جوابا شافيا على هذا التساؤل وهو متى يحدث الوصف الجديد اثره؟ حين انهاء في القانون الموضوعي ، مشكلة تعيين نوع ، بكل معاني الكلمة .

ومع تباین مطالب المشكلة على هذا النحو بين كل من القانونين فإنه لا ينبغي أن يفوتنا أنها في النهاية مشكلة واحدة ذات شقين . فبينما أن تعالج منهما معا وبصرف النظر عن تغير الطابع ، لأن تكيف الواقعة من حيث اعتبارها جنائية أو جنحة أو مخالفة لا يمكن أن ينفصل عن تحديد الوقت الذي ينبغي فيه

أن يقال في احوال التشديد ، وبوجه خاص في ذلك النوع من الجرائم ، قلقه النوع ، ألا وهي جرائم للعود المنكر على خلاف في التفاصيل يبيناه فيما سبق .

بل حتى في نطاق الإجراءات الجنائية وحدها كثيرا ما رأيت محكمة النقض أن الواقعة يصح أن تعتبر جنابة بما يتعلق بطرق الطعن الجائزة فيها اعتبارا منها للوصف الذي أقيمت به الدعوى، ولكنها عند تقادم العقوبة تعتبرها جنحة اعتبارا للوصف الذي اعتمده للواقعة الحكم الصادر فيها على التفصيل الذي سنبينه فيما بعد .

وفي الواقع أن المشكلة في تكيف الواقعة تظهر ذات طابع اجرائي بحث اذا لحق وصف الواقعة تغيير في اية مرحلة من مراحل الدعوى ، من جنابة الى جنحة أو من جنحة الى مخالفة أو بالعكس ، وهذا التغيير قد يكون نتيجة الاقتناع بقيام غير قانوني أو ظرف قضائي مخفف ، أو لظهور حالة من حالات التشديد كالعود . كما قد يكون بسبب مجرد الخلاف في

خطأ حكم الموضوع في هذا الشأن يعادل الخطأ في القانون من حيث آثاره ، فمحكمة النقض تصحح للخطأ وتحكم طبقا للقانون - اذا تحققت من الانقضاء - ولا يعادل البطلان في الحكم أو الإجراءات . فلا تصاد المحاكمة من جديد امام نفس المحكمة التي اصدرت الحكم المنقوض مشكلة من قضاة آخرين^(٢١) .

على انه لا ينبغي للمبالغة في مدى اتصال تكيف الواقعة في القانون الاجرائي بتكييفها في القانون الموضوعي . فكثيرا ما رأيت محكمة النقض أن الواقعة تعتبر جنحة لاقرانها بمثل عذر الاستفزاز الورد في المادة ٢٣٧ ع فلا يخضع الشروع فيها من ثم للعقاب ولو أنها في القانون الاجرائي تختص بها بحسب الاصل محكمة الجنابات ، ثم تخضع في الطعن لنظام الجنابات اعتدادا بالوصف الذي تقام به الدعوى . لكنها عند تقادم العقوبة أو الدعوى يصح من جديد أن تعتبر جنحة وتعامل في احتساب المدة على هذا النحو ، اعتبارا لحقيقة وصف الواقعة في تقدير القانون الموضوعي ، ومثل ذلك يمكن

الناحية العملية (٢٠).

المبحث الثالث

العوامل التي تؤدي الى خطأ في تكييف الواقعة

ان تحليل هذه المؤثرات تحليلاً وافياً مشمولاً بضرب الامثلة الواقعية مهمة ضخمة وان كان لابد منها على صورة مقتضية ، ولا مانع قبل سرد تلك المؤثرات بالتفصيل من تأصيلها في شئمة معينة هي بيت الداء .

هذه الشئمة هي ان المحقق او القاضي حريص على ان يجعل لشخصه السيطرة على الحقيقة مع ان عليه ان يترك للحقيقة السيطرة على شخصه اذ يجب ان يتخلى عن نوازع الاعتداد بالنفس والعجب بها ويسلم بقصور نفسه وبان الاصل فيها هو العجز والضعف امام هول المهمة التي دعيت للنهوض بها والا فان من محض سجل للحقيقة يتحول من حيث لا يدري الى طرف الخصومة بشأنها .

ان ادراك الحقيقة معناه مرورها خلال نفسية الناظر اليها بقدر هذا النظر ومداه ثم خلوصه منها بصورة تتوقف على ما في نفسيته من

اعتبارها من وصف معين دون آخر . اذا ما لحق هذا الوصف تغيير في اى وقت من الاوقات ، فانه على الامرين معا يتوقف ترتيب ما يستتبعه التكيف من آثار جديرة بالاعتبار .

لذا فقد بدا لنا عسيراً في مبدأ الامر تقسيم مشكلة تكييف الواقعة الى شقين مبينين يعالج اولهما الموضوع في نطاق القانون الموضوعى وحده ، ويعالج ثانيهما في نطاق القانون الاجرائى وحده ، رغم انتفاء الحدود الفاصلة بين هذا وذلك ولكننا قد ائرنّا في النهاية اعتماد هذا التقسيم اساساً للبحث على اساس محاولة النظر الى نفس الموضوع من وجهة اولى غلبنا فيها الناحية الموضوعية باعتبارها اساساً للبحث وهدفاً له مقصوداً لذاته ، دون اخلال بالنواحي الاجرائية التي اثّرت بصفة عرضية كضرورة للتدليل على صواب نظر معين او عدم صوابه . حين نريد ان نغلب هنا هذه الناحية الاجرائية البحث باعتبارها الهدف من البحث دون غيرها ، كوجهة ثانية له لا تقل في خطورتها عن سابقتها ، بل لعلها تفوقها من

المحاسن والمساوىء وبالتالي تتفاوت صورة الحقيقة جودة وموعاً باختلاف الناظرين الى الحقيقة ذاتها (٢١) .

تختلف صورة الحقيقة باختلاف النفسية التي تنتقلها كما يتوقف عمق الشعور بالحقيقة وعمق الافصاح عنها على نوعية هذه النفسية... فقد يكون امر ما واضحاً لانسان ولا يكون بذات الوضوح لانسان آخر .

والتقاط الحقيقة كما يتم بمعابنتها مباشرة يجرى باستخلاصها من معابنة الآخرين لها مع ما في هذه المعابنة من تأثير كذلك بنفسية من ادأها كما في اعتماد الحقيقة من اقوال الشهود والخبراء .

ويشبه التقاط الحقيقة ادراك سبب المرض في عملية التشخيص الطبى فقد يتعلق الطبيب بعرض ما من الاعراض ليفسره بوجود مرض من الأمراض يكون هو المرض القاتل فعلاً لانه فات الطبيب ان يدرك اعراض اخرى او معطيات اضافية كان من شأنها ان تغير ما انتهى اليه من رأى خاطئ وربما قاتل للمريض .

فكما يحدث هذا فى التشخيص الطبى يتحقق كذلك فى فهم الواقعة المطروحة على القاضى من حيث مغزاها وبواعثها والجائى الذى صدرت منه حقيقة فهو يفهم الواقعة عادة على ضوء تجارب الماضى ويفسر وقوعها مبنيا باستنتاج مجرد بظل مسيطرا عليه بينما يكون من الواجب العدول عنه تبعاً لنظرة أكثر شمولاً تحيط بمعطيات القضية كلها .

وترجع هذه الآفة الى ما يأتى من الاسباب للشاعة :

اولا : ان المحقق او القاضى يحكم أكثر مما يتفكر ويدرك ، وبالتالي يحكم بظلم اذ يظن الواقعة مماثلة لشبهيات بها حدثت فى الماضى او من المتصور حدوثها من ان الواقعة المطروحة على خصوصية متميزة وتختلف عن تلك التى جعلها القاضى معها شيئا واحدا .

ومعنى ذلك هو المغالاة فى الثقة بالنفس وفى الطمأنينة الى حكمها والسبق الى رأى قبل اكتمال عناصر انطباعه والتزامه من اى استعداد للرجوع عنه اما خمولا عن بذل اى جهد اضافى ولما

انصياعه للميل الى عدم تخطئة النفس ولو استبان احتمال خطئها .

ومن اجل ذلك يقع على عاتق القاضى فى بداية التحقيق للترام بان يكون كالابرة المغناطيسية يجذب صوب كل تجاه تتوافر فيه قوة جانبية حتى يتبين له الخيط الابيض من الخيط الاسود .

ثانيا : الاغراق فى تفاصيل ليست ذات بال بالقياس الى النشوة المركزية للواقعة ، وربما ابداء نكاه خارق ومذهل فى تفهم تلك التفاصيل وانما مع القصور التام والعجز المطلق عن استخلاص النواة المركزية وبيت للقصيد وهذا عيب يعتبر عكسيا بالنسبة لسابقه ولكنه عيب هو الآخر ، لأن للعيب السابق اهتمام بالتأصيل دون التحليل بينما الثانى اهتمام بالتحليل دون التأصيل او دون قدرة عليه .

ثالثا : التقيد بأمر العادات الفكرية الراسخة فى عمق النفس والتى ينشأ عنها استساعة للأشخاص او استتقال لظلمهم على حسب مظهرهم فقدي يكون شاهد ما قببحا رث الثياب ومع ذلك

يصيب بشهادته كبد الحقيقة وقد يكون شاهد ما انيق المظهر واللفظ خفيف الظل ويبدى مع ذلك زورا وبهتانا وكذبا صراحا . اصف الى ذلك ان الشخص ذائع الصيت وبالغ المجد قد لا يكون فى شهادته صادقا لفرض فى نفسه ، لأن كل مرتفع مهتد بالسقوط قد يسقط سقوطا عظيما . وراعى القانون مثل هذه الآفة لدى القاضى حين اجاز له التحدى كلما استشعر حرجا فى قضية لصديق من اصدقائه .

والواقع ان من القضاة من يحابى صديقه ومنهم من يحدث لديه العكس وهو انه لفرط خوفه من محاباة صديقه ينتهى به الامر الى ظلم لصديقه .

فقداديا لهذا الاثر او ذلك لا يكون امام القاضى سوى ان يتحدى اذا شاء ولقد دلت التجارب على ان الاسرار الى اذن القاضى بامور ما عن القضية على لسان صديق او صديقة او خادم شخصى او اى شخص مقرب اليه يطبع فى ذهنه صورة عن القضية من العسير ان تحيى بعد ذلك عند نظر القضية مهما كانت صورة

من هذا القبيل ان يكون ضحية لزنا ارتكبته زوجته مثلا فطرح عليه تهمة زنا اتهمت به زوجته انسان نسب اليها انها خائنه مع ابن اخته فيسارع على القور لا فقط بالادلانة القاسية للمتهمة والمتهم معها وانما بخطئتهما ونسبة الواقعة اليهما دون اى نظر فى ادلة الثبوت وبغير اى تقييم لهذه الادلة .. بينما يتضح مثلا ان المتهمين بريئان من التهمة وان الزوج المبلغ مصاب بمرض عقلى هو جنون الغيرة .

سادسا : كراهية المحقق أو القاضى لصنف من القوم أو فئة من الناس أو تعاطفه على العكس مع صنف ما أو فئة منهم مع ما فى تلك الكراهية أو التعاطف من خطر الاستسلام لهما والقصور عن النقاط الحقة لما يخيم بسببها على ملكة الوعي من غشاوة وسبق ان اشرنا الى ذلك .

سابعا : امتلاء المحقق أو القاضى بنزور شخصى يجعله دعى معرفة حتى فى مجال لا تخصص له فيه ولا معرفة ، تغنيا بالمبدأ القائل بان القاضى

متزوجا اشتدت قسوته على المتهم وان كان أعزب فانه بحكم عدم خبرته بشعور الزوجية وكيف تنظم واقعة الخيانة قد يعمل المتهم بالرأفة .

فيتعين للتخلص من مثل هذه الأفة الا يقابل القاضى بين نفسه وبين احد اطراف القضية المعروضة عليه لانه لا توجد مناسبة لذلك ويكون من الوجب عليه فى رقابته على نفسه بنفسه ان يتجرد من شعور يمكن ان يوجد صلة شخصية بينه وبين القضية المعروضة عليه نجعله كما لو كان طرفا فيها .

فعليه ان يقيم مملك المتهم فى القضية الجنائية او مملك اى خصم فى قضية مدنية بمعيار موضوعى يسترشد فيه فضلا عن حقيقة الامر الواقع بالقيم الخلقية العليا .

خامسا : تأثر المحقق أو القاضى بتجربة شخصية مريرة الى حد يجعله ميالا الى ان يقيس عليها الواقعة المطروحة عليه رغم التباين التام بين هذه الواقعة وبين تلك التى كانت موضوع تجربته الماضية .

مجاافية للحقيقة فالقاضى يظن انها الحقيقة ويحارب كل ما عداها معتبرا اياها زيفا .

فأفة الافات هى الاستسلام لفكرة مكونة سلفا بدافع استساغة ظل بعض الاشخاص الانتهاء بهذه الفكرة عن واجب التحرى والسمعى الى الحقيقة والغوص الى اعماقها .

رابعا : وضع المحقق او القاضى نفسه دون مناسبة موضع المتهم او موضع المجنى عليه فى حين ان هناك فرقا بينا من حيث الحياة والظروف والتربية والبيئة بينه وبين هذا ذاك .

فمن قبيل وضع القاضى نفسه موضع المجنى عليه لن يكون هذا مدعىا مدنيا يطلب التعويض فى تهمة اغتصاب جنسى لاحدى بناته . فاذا كانت للقاضى بنات نزع للشدة والقسوة على المتهم واذا كان له اولاد ذكور دون بنات اعتبر القضية شبه ابتزاز للمال من المتهم .

ومن قبيل وضع القاضى نفسه موضع المتهم ان تكون التهمة مثلا هى الزنا والمفروض انه مع امرأة متزوجة ، فان كان القاضى

خبير الخبراء ، ووضعها بهذا
المبدأ في غير موضعه دون
ترجيح بين خبير وخبير ،

ثامنا :التأثر بما يسمى
الصدفة الحرجة بينما الحقيقة
الواقعية مختلفة وراء الحقيقة
الاجرائية المفتعلة او الصدفة
الحرجة .

فلو فاجأ زوج زوجته
متلبسة بالزنا فامسك وفي يده
منديل بسكين مطبخ عليه
بصمات زوجته وقتل بهذا
السكين شريكها الذي زنت معه
فوجهت الى الزوجة تهمة قتل
عشيقها بخلاف بينهما حول ثمن
هذه العلاقة او تغير جنسية ،
فان هذا الاتهام رغم انه يمثل
ما يسمى بالحقيقة الاجرائية او
الصدفة الحرجة ليس للقاضي
امامه ان يسم اذنيه عن
الاستماع الى ما يلج به الدفاع
عن المتهم من ان القاتل هو
زوجها اذ يتعذر دائما ظهور
الحقيقة كلما اعترض القاضي
طريق الخصومة وعرقل
حريتها في ابداء ما يعين لها
من وجوه المدافعة .

تاسعا :شواغل العيش
المادى مضافة الى ضخامة
العبء الوظيفي تحدث خلافا في

صفاء الملكات الذهنية قد يكون
معرزا كذلك بخل في
فسيولوجيا الجسم وافرارات
غنده لمرض من الامراض
فيفهم القاضي الواقعة على
حقيقتها ويقحم عليها ما ليس
فيها .

عاشرا :مضييق صدر
المحقق والقاضي واستئساعه
دون وجه حق انتقاصا من
فترة لقاء كل من يسهب امامه
في الشرح كما لو كان يلقي
امامه محاضرة هو في غناه
عنها .

هنا تبدو من جانبه ظاهرة
ان يناقض حبا في المناقضة او
ان ينفذ شاهدا او ان يسكت
محاميا وهذا كله يضع
العراقيل في سبيل تكشف
الحقيقة (٣١)

حادى عشر :خلق شخص
كاتب الجلسة وتقييد حرية
المحامي وذلك فيما يتعلق
بإثبات مجريات الجلسة الامر
الذي تبدو اهميته بصفة خاصة
في قضاء الدرجة الاولى وما
يباشره القضاء الاستئنافي من
رقابة عليه .

ثاني عشر :ترجمة

المحقق او القاضي لاقوال
الشاهد على نحو خاطيء وانما
بحسن نية واثبات امور على
لسانه تختلف عن الحقيقة
اقواله وما يقصده منها .

وهذه ظاهرة عامة ايا كانت
اللغة التي يتكلم بها الشاهد
وسواء اكانت عامة او فصحي
وانما يخشى هذا التحريف
بصفة خاصة حين يتكلم الشاهد
بلهجة محلية تحتاج الى معرفة
وخبرة بها وفهم لآفاظها
ووجوه استخدام هذه الالفاظ .

وكثيرا ما ينشأ عن ترجمة
اقوال الشاهد بدلا من تسجيلها
على علاتها وبحدافير ما ان
تتشوه الامور سواء في قضاء
الدرجة الاولى ام في قضاء
الدرجة الثانية بطريقة تحجب
الحقيقة عن الظهور ونفوق
معها جزئية كان من شأنها ان
تجرى الامور على غير ما
جرت عليه ، ولذا ينصح الثقة
بان يباشر القاضي عمله في
مسقط رأسه وانما خارج
موطن ميلاده ودائرتيه
الانتخابية ايضا .

ثالث عشر :ان يشد
القاضي المجد الشخصي بدلا
من القناعة براحة الضمير

اعتبار .. وتسمى هذه الظاهرة بتملق الجماهير وهي طامة كبرى ايا كان مجال تحققها وانما هي كذلك في مجال القضاء على وجه خاص (٣٣) .

بميل تلقائى الى تخطئته وخرج تلقائى من تبرئته ولا ينظر بعين الثقة الى اى وجه من الوجوه المبداء لصالحه وقد تكون وجوها جديرة بكل

ومرضاة الله تعالى فيحرص
على ادانة انسان ساد لدي
الرأى العام وفي وسائل
الاذاعة انه المذنّب الحامل
لوزر الجريمة فيحسن القاضي

فروش

(١) انظر في تفصيل هذا الموضوع كتابنا في التصرف في التحقيق الجنائي وطرق الطعن فيه - دراسة تطبيقية على أوامر التفتيش في التحقيق الصادرة من النيابة العامة في مختلف الجرائم - الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية الطبعة الأولى ١٩٨٠.

(٢) ومن هنا كان القول بأن التكملة القانونية لأى بحث قانوني - راجع مقال الأستاذ p.louis lucas تحت عنوان : qualification et repartition منشور في rev. crit ١٩٥٧ ص ١٥٣ وانتظر أيضا francescakis فى بحثه منشور فى rep. de droit int ١٩٦٨ ج ١ ص ٤٨٩ فقرة ٣٦٠ وراجع أيضا بحثه المنشور فى rep ١٩٦٩ ج ٢ ص ٧٠٣ تحت كلمة qualification وما بعدها .

(٢) الدكتور هشام صادق تنازع القوانين ط٣ ١٩٧٤ ص ١١٠

(٤) الدكتور هشام صادق المرجع السابق ص ١١١ وما بعدها .

(٥) د. حامد فهمي ، د. محمد حامد فهمي النقض في المواد الجنائية والتجارية ١٩٣٧ ، ص ١٦٥ وإلتزامات الفقهاء المسلمين في مجال التكليف حيث يطلقون عليه تحقيق المناط في الشايطي الموقفات ج ٢ ص ١٧ مشار إليه في كتب الاصول ، د. زكريا البري .

(٦) الدكتور محمد محمود إبراهيم النظرية العامة للتكليف القانوني الدعوى ص ٩ وما بعدها . ونظر لنا في التكليف في جرائم المخدرات كتابنا التجريم والعقاب في قوانين المخدرات الطبعة الأولى ١٩٩٠ . الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية .

(٧) الدكتور محمد علي الكيك : اصول تشبيب الاحكام الجنائية ط ١٩٨٨ ص ٢٠٦ .

(۸) الدكتور أحمد فتحى سرور : الوسيط ج ۲ ط ۱۹۸۰ من ۳۶۲ ، ۲۴۸ نقض جنائى ۱۴/۵/۱۹۶۲ من ۱۴ ص ۴۱۹ رقم ۸۱ والدكتور محمد على الكيك رقابة محكمة النقص على تهريب الاحكام الجنائية ص ۶۱ .

(٩) نقض ١٩٣٨/٣/١٤ القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ علما ج ٢ ص ١١٣٦ رقم ٢٩٨ .

(١٠) نقض جنكلى ١٩١٠/٢/١٩ القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما ج ١ ص ٣٠٧ رقم

(١١) نقض جنائي ١٩٥٤/٥/٤ المرجع السابق ج ٢ ص ٨٦١ رقم ٤ .

(١٢) نقض جنائی ١٩٤٩/١٢/١٢ المرجع السابق ص ٨٦٢ رقم ١١ .

(١٣) نقض جنائی ١٩٣٤/٣/١٢ المرجع السابق ص ٩٥٢ رقم ٢٠ .

- (١٤) نقض جنائي ١٩٦٣/١/٢٩ من ١٤ من ٥٨ رقم ١٣ .
- (١٥) نقض جنائي ١٩٥٧/١٠/١٥ من ٨ من ٧٨٦ رقم ٢١١ .
- (١٦) نقض جنائي ١٩٨٠/١١/١٨ من ٣١ من ١١٠٧ رقم ٢١٤ .
- نقض جنائي ١٩٨١/٥/٢٧ من ٣٢ من ٥٦٧ رقم ١٠٠ .
- (١٧) نقض جنائي ١٩٥٠/٥/٨ من ١ من ٦٠٦ رقم ١٩٩ .
- نقض جنائي ١٩٧٤/٦/٩ من ٢٥ من ٥٦٨ رقم ١٢١ .
- (١٨) نقض جنائي ١٩٤٨/٥/٢٣ المرجع السابق من ٤٤٣ رقم ١٠٦ .
- (١٩) نقض جنائي ١٩٥٣/١/٢٤ للمرجع السابق من ٤٤٤ رقم ١١٤ .
- (٢٠) نقض جنائي ١٩٥٩/١/٢٠ من ١٠ من ٦٠ رقم ١٦ .
- (٢١) نقض جنائي ١٩٨٦/٣/١٣ من ٥٥ غير منشور وأرد في كتابنا « الجديد في النقض الجنائي » من ٦٠ .
- (٢٢) قريبا من هذا المعنى : دكتور أحمد فتحي سرور الوسيط ج ٣ المرجع السابق من ٣٥٠ .
- (٢٣) دكتور أحمد فتحي سرور الوسيط ج ٣ المرجع السابق من ٢٥١ .
- (٢٤) دكتور محمد علي الكيك رقابة محكمة النقض على تسميت الاحكام الجنائية من ٧١ وانظر لنا في بيان دور محكمة النقض في تفسير النصوص الجنائية كتابنا التصرف في التحقيق الجنائي وطرق الطعن فيه منشأة المعارف ١٩٨٩ من ٥٠ وما بعدها .
- (٢٥) الدكتور رؤوف عبيد المشكلات العملية الهامة في الاجراءات الجنائية ج ٢ من ٢٣٠ وما بعدها .
- (٢٦) الدكتور رؤوف عبيد « مبادئ الاجراءات الجنائية في القانون المصري » طبعة الثالثة عشر سنة ١٩٧٩ من ١٠٦ - ١٠٧ ، ١٩٨ ، ٢٠٠ ، ٢٠٢ .
- (٢٧) راجع نقض ١٩٣٨/٥/٩ القواعد القانونية ج ٤ رقم ٢١٦ من ٢٢٧ .
- (٢٨) المادة المذكورة مستبذلة بالقانون ١٧٠ لسنة ١٩٨١ الصادر في نوفمبر ١٩٨١ للجريدة الرسمية العدد ٤٤ مكرر .
- (٢٩) الدكتور رؤوف عبيد المشكلات العملية الهامة في الاجراءات الجنائية ج ٢ من ٢٣٤ وانظر لنا في دور النيابة العامة في هذا الشأن كتابنا اصول اعمال التفتيات والتحقيق الجنائي العملي . الطبعة الثالثة منشأة المعارف بالاسكندرية .
- (٣٠) المرجع السابق من ٢٣٦ وراجع الدكتور أحمد فتحي سرور النقض في المواد الجنائية ط ١٩٨٨ من ٢١٣ وما بعدها .
- (٣١) راجع في هذا المعنى كتابنا التحقيق الجنائي العملي في الشريعة الإسلامية والقانون الوصفي ص ١١١ .
- الناشر مؤسسة شباب الجامعة بالاسكندرية .
- (٣٢) الدكتور رمسيس بهنام علم النفس القضائي من ٣٩ وانظر في دور التحقيق في البحث عن الجريمة كتابنا التحقيق الجنائي الفني والبحث الجنائي . الناشر المكتب الجامعي الحديث بالاسكندرية الطبعة الاولى ١٩٩١ .
- (٣٣) الدكتور رمسيس بهنام المرجع السابق من ٣٤ وانظر لنا التحقيق الجنائي العملي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي من ١٠٥ وما بعدها . الناشر مؤسسة شباب الجامعة بالاسكندرية .

مدى أحقية متلقى الامتياز التجاري في التعويض عن عدم تجديد عقده

السيد الدكتور / محمد حسام محمود لطفي
رئيس قسم القانون المدني - حقوق القاهرة

مقدمة

فرض الواقع الاقتصادي والتجاري المعاصر نوعاً من العقود التجارية الجديدة هو عقد الامتياز التجاري^(١)، ويمكن تعريف العقد^(٢) بأنه اتفاق يتعهد بمقتضاه شخص طبيعي أو معنوي يقال له متلقى الامتياز^(٣) بأن يضع مشروعه لمدة معينة في خدمة تاجر آخر يقال له مانح الامتياز^(٤) بغية احتكار تصنيع أو توزيع منتجات صاحب الامتياز أو خدمته المتميزة^(٥) داخل دائرة جغرافية معينة نظير جعل مادي محدد^(٦).

وبلاحظ أن تسمية عقد الامتياز التجاري^(٧) على هذا النحو مستقلة من تسمية عقد الامتياز الإداري^(٨) لاتحادهما في المضمون إلى حد كبير؛ فكل منهما فيه طرف ضعيف وهو المتعهد في عقد الامتياز الإداري ومتلقى الامتياز في

عقد الامتياز التجاري. وطرف قوى وهو جهة الإدارة في عقد الامتياز الإداري، والجهة المانحة للامتياز في عقد الامتياز التجاري كما أن كلا منهما موقوت؛ ولا يخول الطرف للضعيف الحق في إداء عملة إلا في الشكل وبالأسلوب الذي يحدده له الطرف القوي.

وينفرد عقد الامتياز التجاري^(٩) بصوره المختلفة بجمع عدد من الالتزامات على عاتق طرفيه على نحو متميز لا يعرّفه أي عقد تجاري آخر وهي امتيازات يمكن أن توجز بوجه عام على النحو الآتي:

أولاً: التزامات متلقى الامتياز
الامتياز: يلتزم متلقى الامتياز بعبء التزامات هي:

١ - قصر نشاطه على المنتجات الخاصة بمانح الامتياز دون غيرها^(١٠) من المنتجات المماثلة داخل دائرة جغرافية معينة^(١١).

٢ - تحقيق حد أدنى من المبيعات وفقاً لبرنامج معتمد من مانح الامتياز.

٣ - استثمار مبلغ يحدده مانح الامتياز للتمكين لمنتج مانح الامتياز في الأسواق.

٤ - تنفيذ العقد بمنتهى حسن النية، وأية ذلك التزم متلقى الامتياز بالتقيام بأقصى الجهد في العمل والترويج والمحافظة على أسرار المنتج الصناعية، علاوة على وضع حسابات منتظمة لمنشآت تحت تصرف المانح.

٥ - الالتزام بإزالة علامة المانح أو الإشارة الدالة عليه من على كل مهمات التوزيع بمجرد انتهاء العقد.

ثانياً: التزامات مانح الامتياز، يلتزم المانح بالآتي:

١ - قصر منح حق الامتياز على متلقى الامتياز

معين لصالح مانح الامتياز
فتمسأل عما اذا كان من تلقى
الامتياز الحق فى التعويض
من عدمه ؟

وحقن نستطيع ان نطرح
حلا قانونيا سيرا فى هذا
الصدور. اذاما عثرنا بحث
مسألة تمهيدية وهى التكملة ،
القانونى لعقد الامتياز التجارى
استنادا الى القاعدة الاصولية
القائلة بان الحكم على الشئ
فرع عن تصور وببأن ذلك
ان حلا لهذه المشكلة لن يكون
متصورا بغير بحث لمسألة
تكييف العقد موضوع
الدراسة .

ويذهبى ان نولى وجهنا
شطر النظام القانونى الفرنسى
ملتزمين لديه الحل نظرا لما
نتمتع به آراء فقهاء واحكام
فضله من مكانة متميزة
بالنسبة لرجل القانون
المصرى وان كان هذا لم
يعننا من ان نستفيد من
الحلول الواردة فى القوانين
المقارنة بقدر اتفاقها مع الأسس
التقليدية للقانون المصرى .
ونحن فى ذلك لا نفعل سوى ان
نطبق قول المشرع المصرى
للقانون المنقذ بان القاضى
يلتزم بالحكم وفقا للتشريع فاذا
لم يوجد فبالعرف فاذا لم يوجد

يحقن بتواجد فى اسواق
مختلفة ما كان ليصلها دون
استثمار مبالغ كبيرة ، ومتلقى
الامتياز يستفيد من سمعة او
شهرة المانع او سمعته
التجارية فيبدأ بداية علاقة ما
كان يستطيع ان يحققها بهذه
السرعة^(١٢) ، وهذا هو ما
يجعل العلاقة بين مانح
الامتياز ومتلقيه اشبه بالعلاقة
بين حدى المقص فكل منهما
يمضى الى الآخر وينجذب اليه
ولن يحقق مهمته بغير شريكه
على الرغم من ان الاتجاه الذى
يسير فيه كل طرف مختلف
عن الآخر .

وقد ادى هذا كله الى
انتشار عقود الامتياز التجارية
انتشارا مرطانيا مربعا فى كل
دول العالم بحيث باتت تحتل
نصيب الاسد فى العلاقات
الاقتصادية داخليا
 وخارجيا^(١٥) .

ولا يعنينا فى هذا الشأن سوى
بحث مشكلة هامة من اهم
المشكلات العملية التى
تعرض عقود الامتياز
التجارى ، وتتلخص هذه
المشكلة فى الفرض الذى
يرفض فيه مانح الامتياز
تجديد عقد الامتياز التجارى
وبالذات اذا تعلق بتوزيع منتج

داخل الدائرة الجغرافية المنطق
عليها .

٢ - التعاون الوطيد مع
المتلقى^(١٦) ، ويتجلى ذلك
فى امرين :

أ - التوريد المنتظم
للمنتجات المنطق على تمتع
متلقى الامتياز بها .

ب - ضمان عيوب
ما يتم توريده الى متلقى
الامتياز وفقا للاتفاق ويتضمن
عقد الامتياز عادة طائفة اخرى
من الالتزامات المجففة
بالطرف الآخر وهو متلقى
الامتياز اهمها : ارتفاع قيمة
المقابل المالى المطلوب
للحصول على حق
الامتياز^(١٧) ، وحق المانع فى
انهاء العقد فى اى وقت بدون
ابداء الاسباب نظير مهلة
يمنحها لمتلقى الامتياز ،
وتنازل متلقى الامتياز عن اى
حق له فى التعويض قبل مانح
الامتياز نتيجة لانتهاء الاخير ،
لاى سبب لعقد الامتياز وانعدام
حق متلقى الامتياز على المنتج
او على علامته التجارية او
على العملاء .

وبذلك يحقق عقد الامتياز
التجارى مصلحة الطرفين فى
ظل تعاونهما المشترك
(Animus Cooperandi) ، فالمانع

(١) عقد الامتياز التجاري
وعقد الوكالة العادية
(Contrat de Mandat) (١٧) :

لا يعد عقد الامتياز عقد وكالة عادية لأن متلقي الامتياز تاجر يشتري ليعيد البيع باسمه الخاص وتحت مسؤوليته ولحسابه ، بعكس الوكيل العادي الذى يشتري باسم موكله ولحسابه ، ونوه بان عقود الامتياز التجارية تتضمن عادة بندا صريحا يؤكد فيه على ان متلقى الامتياز لا يعد وكيلا ولا يجوز له ان يدعى ذلك .

(٢) عقد الامتياز التجاري
وعقد الوكالة بالعمولة
(Contrat de
Commissioinaire) (١٨) :

لا يعد عقد الامتياز عقد وكالة بالعمولة باى حال لان الوكيل بالعمولة يبيع ما يملك باسمه الشخصى ولحساب موكله فى حين ان متلقى الامتياز يبيع ما لا يملك باسمه الشخصى ولحساب نفسه ، علاوة على ان الوكيل بالعمولة يعد وسيطا غير تابع لانه مستق فى اداء عمله اما اذا كان تابعا امتنع اعتبار العقد وكالة بالعمولة (١٩) .

اما الثالث فنحجب فيه عن هذا التساؤل نفسه وفقا للنظام القانونى المصرى .

مبحث تمهيدى

التكييف القانونى لعقد
الامتياز التجاري

الواقع ان عملية اطلاق تكييف قانونى سليم ومقبول على عقد الامتياز التجاري ليست امرا ميسورا ، وهذا هو ما سنتبينه بمقارنة هذا العقد بالعمود الاخرى التى يقرب منها فى المضمون وهى عقود الوكالة العادية والوكالة بالعمولة والترخيص باستخدام علامة تجارية والبيع والتوريد وبعد ان نبين اوجه الخلاف بين هذه العقود جميعا والعقد موضوع الدراسة ننقل الى بيان حكمه وفقا للنظام القانونى الفرنسى ثم وفقا لنظيره المصرى .

اولا : التفرقة بين عقد
الامتياز التجاري وما يشتهبه
به :

نفرد هنا - كنا سبق القول - بين الامتياز التجاري وعقود الوكالة العادية والوكالة بالعمولة والترخيص باستغلال علامة تجارية والبيع والتوريد :

فيمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية فاذا لم توجد فبمقتضى القانون الطبيعى وقواعد العدالة . وهذه العبارات الاخيرة كما ورد فى المذكرة الايضاحية لهذا النص لا ترد القاضى الى ضابط يقينى وانما هى تلزمه ان يجتهد بداية حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء ، وهى تقتضيه فى اجتهاده هذا ان يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتى خاص (٢٠) .

ومن المسلم به ان هذا الاجتهاد يجب ان يطابق قواعد النظام العلم والآداب المطبقة فى مصر ، فاذا كانت اتفاقات الافراد المخالفة لهذه الفكرة تقع باطله فالولى بالفقيه والقاضى وهم حملة لواء القانون ومندته وحجابه الا يفرطوا فيها ويعصوا عليها بالنواجز .

وعلى هذا الاساس يتم تقسيم البحث الى مباحث ثلاثة اولها تمهيدى نخصصه للتكييف القانونى لعقد الامتياز التجاري ، وثانيها فنفرده لبيان مدى حق متلقى الامتياز فى التعويض عند عدم تجديد عقده وفقا للنظام القانونى الفرنسى ،

بالعمولة ، كما انه ليس ترخيصا باستخدام علامة تجارية او وكالة تجارية عادية او بيعا او حتى توريدا . لذا فمن اللازم أن نبحث في القضاء الفرنسي . التكيف الذي توصل اليه رجاله حتى يتسنى لنا ان نصل في النهاية الى بيان موقفنا الخاص من هذا التكيف .

ثانيا : تكيف عقد الامتياز التجاري وفقا للنظام القانوني الفرنسي :

اصدرت محكمة النقض الفرنسية ثلاث احكام متطابقة في ١٣ - من يناير سنة (١٩٧٢) انتهت فيها الى تكيف عقد الامتياز التجاري تكيفا مبتكرا ، فبعد ان استعرضت احكام العقد لم تعط الوليد لمن يثبت نسبه اليه بل شطرين (١٦) فجعلت من متلقي الامتياز تاجر - عامل : فبعد تاجرا مستقلا في علاقته بعملائه وعاملا تابعا في كل شيء تقريبا لرب عمله وهو مانع الامتياز .

وما يعيننا في هذا الشأن هو ان المحكمة اعتبرت متلقي الامتياز عاملا في علاقته

الذي يرد على عمليات توريد متعاقبة .

وهذا الرأي كما هو واضح ينظر الى عقد الامتياز من زاوية واحدة دون غيرها ، فليس معنى ان عقد الامتياز يتضمن بيعا انه عقد بيع لان عقود الوكالات العادية والوكالة بالعمولة وغيرها من العقود تتضمن بيعا ايضا .

٥ (عقد الامتياز للتجاري وعكسه التوريد (contrat de fourniture) (١٧) :

لا يختلط هذان العقدان لان محل الالتزام في عقد الامتياز هو تزويد متلقي الامتياز بكمية غير محددة خلال فترة زمنية محددة بغرض اعادة بيعها طبقا لشروط ومواصفات يعرضها مانع الامتياز على العكس فان عقد التوريد ينصب على توريد كمية محددة للثمن والمقدار (١٨) من شخص يقال له المورد (fournisseur) الى شخص آخر يقال له مورد اليه (fourm) .

نخلص من ذلك كله الى ان عقد الامتياز التجاري لا يتشابه مع اي عقد من العقود المعروفة ، فهو ليس عقد وكالة عادية ولا وكالة

٣ (عقد الامتياز التجاري وعقد الترخيص باستخدام علامة تجارية او صناعية (licence d'une marque commerciale ou de fabrique):

لا يشتهر عقد الامتياز التجاري بهذا العقد ايضا لان متلقي الامتياز ليس له اي حق في العلامة فهو مجرد وسيط مستقل في علاقته بعملائه ، فيستفيد من المانع بالعلامة الى جوار المعرفة والمساعدة الفنية وهو بذلك يخالف عقود الترخيص باستخدام العلامة التي لا يكون للمرخص له (titulaire de licence) الا حق استخدام العلامة في تجارته او صناعته فحسب (١٩) .

٤ (عقد الامتياز التجاري وعقد البيع (contrat de vente) :

اذا كان كل من العقدين يتضمن بيعا فان عقد الامتياز التجاري يتميز بالعلاقة الخاصة التي تربط بين طرفيه والمفترض فيها اللجوء والاستمرار خلال مدة معينة ، بمعنى ان العقد الاخير هو من العقود المستمرة وليس الفورية ، وهذا هو ما دفع البنض (٢٠) الى القول بانه بيع اقرب الى البيع الاحتكاري

ونوه بأن خضوع هاتين الطائفتين لقانون العمل مرهون بمباشرتهم مهنتهم في مكان مقدم أو معتمد من هذه المنشأة وفقاً للشروط وبالأسماء التي تقرضها هذه الأخيرة^(٢٩)، علاوة على كونهم من الأشخاص الطبيعيين^(٣٠).

ولم نعد محكمة النقض الفرنسية حتى الآن من هذا الاتجاه مبينة إليه بحاكم الموضوع هناك^(٣١)، بل أنها أكدت في أكثر من مناسبة تأليه على التبعية التي تربط بين طرفي عقد الامتياز التجاري^(٣٢).

ونحن من جانبنا نؤيد محكمة النقض الفرنسية في تغليبها لاعتبارات العدالة أعمالاً للذوق القانوني السليم وأن كنا نعتقد في أن القول بتكليف عقد الامتياز التجاري بأنه عقد عمل أن يضع نهاية لهذه المشكلة لأن عقد العمل غير متصور وجوده إلا إذا كان متعلقاً بالامتياز شخصاً طبيعياً، أما إذا كان شخصاً معنوياً وهو الفرض الغالب في العمل فإن هذا التكليف ينسحب عنه دون أدنى جدال.

علامته التجارية والتزامه بإزالة العلامات التجارية أو أية بيانات للمنتج الخاص بمنح الامتياز بمجرد انتهاء العقد، ويضاف إلى ذلك كله التزام متلقي الامتياز باحترام قرار الانهاء أو عدم التجديد الصادر من منح الامتياز وتنزله عن أية حقوق له قبله مهما كانت أسباب الانهاء.

وقد استندت المحكمة في ذلك إلى المادة (٧٨ - ١) من تقنين العمل الفرنسي^(٣٣) التي تطبق أحكامها على طائفتين من الأشخاص:

الطائفة الأولى:

الأشخاص الذين تتمثل مهنتهم أساساً في بيع السلع أو المواد الغذائية، أيا كانت طبيعتها والكتب والمجلات والمطبوعات والتذاكر، أيا كان نوعها، إذا كان توريدها إليهم مقصوراً أو شبه مقصور عليهم^(٣٤) من جانب منشأة صناعية أو تجارية واحدة.

الطائفة الثانية: الأشخاص

الذين تتمثل مهمتهم في تجميع الطلبات أو تلقي أشياء يقصد توليها أو تفرغها أو نقلها لحساب منشأة صناعية أو تجارية واحدة.

بمنح الامتياز، فهو تابع له تبعية فنية، وتبعية اقتصادية وكذلك تبعية إدارية (أو تنظيمية):

التبعية الفنية: وتتمثل في تقيد متلقي الامتياز بنوعية المنتجات التي يقدمها له مانح الامتياز من حيث الصناعة والجودة دون أن يكون له حق مناقشة ذلك بأي حال من الأحوال.

التبعية الاقتصادية: وتتمثل في تقيد متلقي الامتياز ببند القصر من حيث الزمان والمكان والتزامه بالسعر الذي يحدده مانح الامتياز للمنتج فضلاً عن التزامه بتحقيق أرقام معينة كحد أدنى للبيع والتوزيع والاستثمار وذلك على التفصيل الذي يحدده له مانح الامتياز.

التبعية الإدارية (أو التنظيمية): وتتمثل في احترام متلقي الامتياز لبند القصر من حيث الزمان والمكان والتزامه بالحدود الدنيا بتحقيق أرقام معينة كحد أدنى للبيع والتوزيع والاستثمار وفقاً لما يحدده مانح الامتياز والتزامه بعدم إفشاء أسرار المنتج أو الادعاء بأي حق قبله عليه أو على

علما في مفهوم القانون المدني لعقد العمل :

٢ - عقد الامتياز التجاري ونص المادة ١/١٧٦ من القانون المدني تطبيقات :

نص المادة ١/١٧٦ من القانون المدني على انه :

تسرى احكام عقد العمل على العلاقة بين ارباب الاعمال وبين الطوائف والممثلين التجاريين والجوابين^(٣٨) ومندوبين التأمين وغيرهم من الوسطاء ولو كانوا مأجورين بطريق العمالة او كانوا يعملون لحساب جماعة من ارباب الاعمال ما دام هؤلاء الاشخاص تابعين لأرباب الاعمال وخاضعين لرقابتهم^(٣٩) .

وقد اكد الفقه على ان التبعية القانونية التي تربط بين طرفي العقد في هذا المقام تكفي لتكليف العقد بلانه عقد عمل وان الموزع لمحل تجارى يعد عاملا متى كان خاضعا لرقابة واشراف رب العمل من حيث نشاطه في التوزيع وطريقة وزمان ومكان التوزيع وما يوقعه عليه رب العمل من

لدى صاحب عمل وتحت ادارته او اشرافه واشار واضع المذكرة الايضاحية الى ان المشرع حرص على تأكيد صفة الانسان في العامل متمشيا مع الرأي الراجح في الفقه^(٣٤) من انه لا يجوز ان يكون العامل شخصا اعتباريا .

يبقى لنا ان نتوجه الى نصوص القانون المدني حيث لم يضع المشرع تعريفا للعامل فهل قصد بذلك ان يحكم القانون المدني العلاقة بين العمال سواء اكانوا اشخاصا طبيعيين او معنويين وارباب الاعمال باعتباره الشريعة العامة في مجال علاقات العمل^(٣٥) على اساس ان الاحكام الواردة في التقنين المدني بشأن العمل السرى بالقدر الذي لا تتعارض فيه صراحة او ضمنا مع التشريعات الخاصة بالعمل^(٣٦) .

الواقع ان الاجابة ان تكون الا سلبية لأنه بالرجوع الى الاعمال التحضيرية للقانون المدني نجد واضع المذكرة الايضاحية يتحدث عن انطباق احكامه على العمال ككورا وانانا^(٣٧) مما يستبعد امكان اعتبار الشخص المعنوى

ثالثا :- تكيف الامتياز وفقا للنظام القانوني المصري :

ليس من شك وجود القاعدة الاصولية القائلة بان العبرة في التفسير هي بالمقاصد والمعاني دون الالفاظ والمباني ، وان الواجب هو انزال التكيف السليم على المسألة محل البحث بغض النظر عما يمنحه لها الافراد من تكيفات وكما قيل بحق^(٣٨) ، ان انزال تكيف قانوني بعقد ينهي فيه مراعاة مجموع عناصر العقد دون الثقات الى ما يوجد فيه من اوجه شبه بعقود اخرى .

١ - عقد الامتياز التجاري والاحكام العامة لعقد العمل في القانون المدني :

من الضروري التنويه بان القاعدة ان يتخذ العامل شكل شخص معنوى ، وهذا يدفعنا الى التساؤل عن امكانية تطبيق قانون العمل على الاشخاص المعنوية العاملة ؟

بداية نستبعد انطباق القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ باصدار قانون العمل على متلقى الامتياز لان المادة الاولى منه نصت على ان المقصود بالعامل هو كل شخص طبيعي يعمل لقاء اجر

نشاطه في ترويج منتجاتها .. فان تكليف الحكم العلاقة بانها عقد عمل لا مخالفة فيه للقانون^(٤١) .

خلاصة القول انه ليس هناك ما يمنع من اعتبار متلقى الامتياز اذا كان طوفا او ممثلا تجاريا جوابا او غير جواب عاملا في حكم القانون مادام متلقى الامتياز من الاشخاص الطبيعيين اما اذا كان المتلقى من الاشخاص المعنويين فهو لن يكون ابدا من العمال لاستحالة نسبة وصف العامل الى الشخص المعنوي^(٤٢) فسي ظل التشريعين المصري والفرنسي حتى لو قلنا ان من يخضع لهذه الاحكام هو ممثل الشخص المعنوي وهو من الاشخاص الطبيعيين لان الاصل ان يؤدي العامل العمل بنفسه واذا استعان بعمال يكون بمثابة رب العمل لهم .

فاذا انتهينا الى ذلك ثارت المشكلة الاساسية وهي مشكلة تجديد عقد الامتياز التجاري ، فقد يرم عقد الامتياز التجاري ويتجدد لسنوات دون مشكلات ثم يقرر منح الامتياز وضع نهاية للعقد فيختار عدم تجديده وهنا يثور التساؤل بشأن

شخصية لهؤلاء العاملين نقابة عمالية اعتمدها وزارة الشئون ، كما ان عليهم ان يبيعوا البترول في المنطقة التي تعين لهم ويتقاضى كل عامل عمولة استحقاقها مقابل مجهوده فرأس ماله في الواقع هو عملية توزيع البترول فهو ان يتعاقد مع الشركة على عمله الشخصي .. ولا وجه للتحدى بان البائع المتجول يدفع ثمن ما يشتريه مع خصم العمولة لان ~~الطبيعة~~ هذه الحالة ~~هو~~ بمثابة تأمين من نوع ما يدفعه المستخدمون ذو العهد ولا يجوز على كل حال للمتعاقدين ان يفسخوا ما يقوم بينهم من علاقة حقيقية تحت منار الصورية مادامت طبيعة العلاقة بين المدعين والشركة تنل على ان الرابطة بين الطرفين رابطة عمل .

الثاني : العلاقة بين الموزع والشركة المنتجة :

حكم بانه اذا كان المطعون عليه في علاقته بشركة سنجر مقيدا بان يبيع سلعتها دون غيرها من السلع وان الشركة هي التي تحدد الاسعار ولن يتبع تعليماتها وتوجيهاتها مقابل عمولة معينة على المبيعات حثا له على زيادة

جزاءات في حالات التقصير والاممال^(٤٣) .

ولم ينف الامر عند هذا الحد بل ان هناك حكيم قضائيين هامين باركا هذا الاتجاه وهما :

الاول : العلاقة بين الباعة السريحة وشركات البترول :

انتهت محكمة القضاء الاداري في اول ابريل عام ١٩٥٢^(٤٤) الى ان العلاقة القائمة بين الباعة السريحة وشركات البترول هي علاقة عامل برب العمل وليست علاقة منتج بتاجر لانهم يقومون بالعمل لحساب رب العمل وتحت اشرافه فليس ادل على ذلك من تحديد ساعات العمل وتحديد كمية البترول التي تسلم اليهم في عربة مملوكة للشركة مع توقيع الجزاء عليهم في حالة مخالفتهم اوامر الشركة وليس لهم ان يبيعوا بترولاً لشركة اخرى غير الشركة التي يشتغلون فيها ويحمل كل منهم بطاقة شخصية تطبيقاً للقانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٤٤ والذي يلزم العمال الذين يشتغلون في المحال الصناعية والتجارية ان يكونوا حاصلين على بطاقات

الاول اذا هو استخدم حقه التعاقدى فى عدم التجديد محترما مهلة كافية معقولة للاخطار^(٥٠)، ويخضع اتفاق الاطراف على قدر هذه المدة لرقابة القضاء لمنع فرض مهلة أقصر مما يجرى به العرف فى مجال الامتياز موضوع النزاع .

ثانيا : حق متلقى الامتياز فى طلب التجديد :

بدأت محاكم الموضوع فى فرنسا تتأثر بمسألة متلقى الامتياز الذى يتركه المانع مجردا من كل اسباب النجاح معطلا بذلك استثماراته المالية والبشرية الضخمة التى تكبدها فى سبيل التمكين لشبكة مانع الامتياز فى الدائرة الجغرافية التى كانت معهودة اليه^(٥١) .

ويستند القضاء الفرنسى فى ذلك الى تفرقة هامة بين الحق المسمم به لمانح الامتياز فى عدم التجديد وحق متلقى الامتياز فى طلب التجديد فاطلق الحق الاول من كل قيد واخضع ممارسة الحق الثانى لرقابته فالزمت المانع بتعويض المتلقى اذا شاب رفض طلب التجديد اى قدر من التعسف^(٥٢) .

تجديد العقد عند نهاية مدته^(٥٣) ، وليس لمتلقى الامتياز الادعاء باى حق قبله ولو كان قد اعلن عند افتتاحه لمنشأة متلقى الامتياز ان هذه المنشأة ستؤمن حياة المتلقى واولاده واحفاده ومن بعدهم^(٥٤) ومهما كان تاريخ العلاقات التى تربط بين طرفى العقد^(٥٥) .

والقيد الوحيد الذى يرد فى هذا الشأن هو احترام مهلة الاخطار المتفق عليها - اذا كان العقد غير محدد المدة - شريطة ان تكون هذه المدة معقولة وفقا لما جرى عليه العرف واعتاده المرفاء من رجال الصناعة والتجارة^(٥٦) .

تطبيقا لذلك حكم بان ثلاثة شهور مدة كافية ومعقولة^(٥٨) ، فى حين ان مدة اربعة شهور تفوق المدة التى يجرى بها العرف بشأن امتياز تجارى خاص بماكينيات زراعية^(٥٩) .

ومفاد ذلك ان القضاء الفرنسى مستقر ، مؤيد بمحكمة النقض على حق مانع الامتياز فى عدم تجديد عقد متلقى الامتياز وان شبهة التعسف مننقية فى جانب

مصير متلقى الامتياز الذى يكون قد استثمر اموالا ضخمة فى دعم شبكة مانع الامتياز

فهل يحق لمانع الامتياز ان يضيع عليه ذلك كله ويحكم عليه بالخراب والدمار برفضه تجديد عقد الامتياز ؟

هذا هو التساؤل الذى منجيب عنه الآن فى ظل القواعد العامة للنظامين القانونى والمصرى .

المبحث الاول

مدى احقية متلقى الامتياز التجارى فى التعويض عن عدم تجديد عقده وفقا للنظام القانونى الفرنسى

فرق القضاء الفرنسى بين مسألتين هما حق مانع الامتياز فى عدم التجديد وحق متلقى الامتياز فى طلب التجديد وهذه المسألة الاولى محسومة فى فرنسا من جانب محكمة النقض اما الثانية فما زالت تهادت لئجد لها مكانا فى احكام النقض الفرنسى ، ويحتاج هذا كله الى بعض التفصيل .

اولا : حق الامتياز فى عدم التجديد :

تواترت احكام القضاء الفرنسى على ان لمانح الامتياز حقا اكيدا فى عدم

وذهبت احكام اخرى الى تأسيس هذا الحق في التعويض على الطابع المشترك لعقد الامتياز^(٥٣) فهو عقد مبرم لمصلحة طرفين شبيه بالنظام الفرنسي للوكالة المشتركة المصلحة (mandat d'interet commun)^(٥٤).

ايا كان الامر فان هذه الاحكام سواء اقامت على نظرية التعسف في استعمال الحق او نظام الوكالة المشتركة المصلحة ، تدل على تغليب فضاء الموضوع في فرنسا اعتبارات العدل والانصاف على اية اعتبارات اخرى^(٥٥).

المبحث الثالث

مدى احقية متلقى الامتياز التجاري في التعويض عند عدم تجديد عقده وفقا للنظام القانوني المصري

نعتقد في ان متلقى الامتياز يتمتع بحق اكيد في التعويض ولو احترم مانح الامتياز مهلة الاخطار استنادا الى نص المادة الخامسة من القانون المدني المصري التي تجعل استعمال الحق غير مشروع في الاحوال الثلاثة الآتية :

أ - اذا لم يقصد به سوى

الاضرار بالغير .

ب - اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها قليلة الهمية بحيث لا تتناسب البينة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

ج - اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها غير مشروعة .

وننوه بان الاعمال التشريعية للقانون المدني^(٥٦) التي اياها هذا المبدأ قصد بها تهيئة عناصر نافعة للاسترشاد للقاضي ولا سيما انها جميعا وليدة تطبيقات عملية انتهى اليها القضاء المصري من طريق الاجتهاد^(٥٦) ، وعلى الرغم من ان هذه المعايير الثلاثة تنسج لكل صور التعسف المتصور^(٥٧) فان ورودها على هذا النحو لا يقطع بانها جاءت على ميسر الحصر^(٥٨).

وحقيقة الامر ان هذه المعايير الثلاثة^(٥٩) يجمعها ضابط مشترك وهو نية الاضرار سواء في صورة تعدد الاساءة الى الغير دون نفع يعود على صاحب الحق من استعماله او في صورة

استهانة بما يحق بذلك الغير من ضرر جسيم تحقيقا لنفع يسير بجنيه صاحب الحق بحيث لا يكاد يلحقه ضرر من الاستغناء عنه وقد اكدت محكمة النقض المصرية كنتيجة لذلك ان هذه الضابط المشتركة هو الذي يربط ما بين نظرية اساءة استعمال الحق وبين قواعد المسؤولية المدنية وقوامها الخطأ وينأى بها عن مجرد اعتبارات الشفقة^(٦٠).

وسواء انتهى القاضي الى التعويض العيني او النقدي^(٦١) فانه ان يستغرق وقتا في ملاحظة الضرر البين المحقق بمتلقى الامتياز لا سيما اذا كان عقد امتيازته يخوله التصنيع الى جوار التوزيع ، حيث يترتب على الغاء الجزء الخاص بالتوزيع ضياع استثمارات مادية وبشرية ضخمة . وهذه الاستثمارات لا تتعلق فقط بعمليات التوزيع بل ايضا بعمليات التصنيع التي تتمثل في عمل خطوط انتاج جديدة واستقدام خبرات وعماله كافية للقيام بأعباء هذا العقد .

وبديهي ان القاضي ان يجد في غير قاعدة التعويض عن الخسارة المتحققة والكسب

نظرا لامتحالة وصف متلقى الامتياز ، بالعامل ، اذا كان من الاشخاص المعنوية .

الخاتمة

ان قواعد التعسف فى استعمال الحقوق والعرف التجارى ومبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة تعقد التزام مانح الامتياز بتعويض متلقى الامتياز عما يلحقه من اضرار (٦٧) نتيجة رفض المانع تجديد عقد الامتياز التجارى ولو راعى المانع مهلة الاخطار الاتفاقية المعقولة (٦٨) ، فليس مقبولا ان يتخذ احد المتعاقدين العقد مثارا يجعل بمقتضاه - دون مبرر معقول - كلمته هى العليا دون النظر الى مصالح المتعاملين معه وحقوقهم المشروعة فى الاستفادة من استثماراتهم المالية والبشرية التى جمعوا فيها عرق ماضيهم وحاضرهم من اجل تمتعهم بحياة كريمة فى المستقبل .

الحق جانبيا فان المنطق فى جانب استحقاق متلقى الامتياز للتعويض عند امتناع مانح الامتياز عن التجديد لان مثل هذا التصرف يتعارض مع العرف التجارى تعارضه مع مبادئ الشريعة الاسلامية والقانون الطبيعى وقواعد العدالة (٦٩) ومن المعلوم ان العرف ومبادئ الشريعة الاسلامية والقانون الطبيعى وقواعد العدالة تعد مصادر احتياطية يلتزم القاضى بالرجوع اليها اذا لم يجد نصا يسمعه فى التشريع والا وقع تحت طائلة القانون لارتكابه جريمة انكار العدالة .

الخلاصة ان هذا الحق فى التعويض الذى انتهينا اليه يوجد ايا كان التكييف القانونى الواجب منحه لعقد الامتياز التجارى لاستناده الى القواعد العامة للقانون . ونحن بذلك ننفادى ما يؤخذ على تكييف عقد الامتياز التجارى بانه عقد عمل للوصول الى هذه النتيجة

الفاقت منددا له فى الحكم بالتعويض (٧٠) ، ولـه ان يسترشد فى هذا الشأن بكل العناصر التى من شأنها المساهمة على وجه اليقين فى تحديد الضرر (٧١) .

وتجد هذه النتيجة (٧٢) منددا لها فى المفهوم الحديث للعلاقات التعاقدية فهى ليست علاقات خضوع بل تعاون تتضام امامها قاعدة العقد شريعتة المتعاقدين (pacta sunt servanda) بما يجعل السيادة للعدل دون القوة المستمدة من تمتع احد طرفى العقد بمركز احتكارى ، فعلى او قانونى ، يمنح له باملاء شروطه على المتعاملين معه ووضع نهاية لعلاقته بهم دون النظر الى ما تكبوه من نفقات وما ينتظرهم من مشكلات مالية قد تهددهم ونهدد معاونيهم بالخراب والدمار (٧٣) .

كذلك يلاحظ انه حتى اذا وضعنا التعسف فى استعمال

عدو الرجل حماقته ، وصديقه عقله .

(حكيم)

(١) يسمى بالفرنسية Concession Commerciale وبالانجليزية Franchising ، وفي ٢٩ من نوفمبر عام ١٩٧٣ صدر قرار بشأن المصطلحات الاقتصادية والمالية معتمدا تسمية Franchisage في فرنسا : انظر في افصلية تسمية Feanchise .

(Philippe Le Tourneau, Concessions: Franchisages Juris Classeur Vo, Contrats de Distribution, Fascicule 565 (Version du 8, 1980), no. 7 p. 3)

وننوه هنا بان التسمية للفرنسية Concession Commerciale غير دقيقة لانها تعنى الوكالة التجارية ولكنها اقرب الانظمة القانونية الفرنسية لهذا العقد الجديد (انظر لاحقا هامش رقم (٦)) .

(٢) عرفت الولايات المتحدة الامريكية هذا العقد منذ اكثر من قرن ولكنه انتشر في العالم كله بعد الحرب العالمية الثانية وبالدات اعتبارا من عام ١٩٧٧ وتوجد الان في الولايات المتحدة الامريكية اكثر من ٢٠٠٠ شركة تستخدم هذا النوع من العقود في الداخل والخارج لا سيما بالنسبة للمطاعم والمأكولات والمشروبات وكذلك في مجالات السباحة والنظافة والطباعة وصالونات التجميل وغيرها وبلغت الدخول المتحصلة من هذه العقود عام ١٩٨٥ (٥٢٩) بليون دولار امريكي ويزداد هذا الرقم بمعدل ٩٪ سنويا اعتبارا من عام ١٩٨٤ وتشكل هذه الدخول ثلث مبيعات التجزئة في الولايات المتحدة الامريكية في العام الواحد ويعمل في هذه المنشأة ٥٦ مليون عامل ، انظر في ذلك :

Daniel V. Davidson, Brenda E. Knowles, Lynn M. Forsythe, Robert R. Jespersen, Comprehensive Business Law: Principals and cases, Kent Publishing Company/Boston/Massachusetts, 1987pp. 557:558.

وتصل هذه الدخول الى ٨٠٪ بالنسبة لمجالات اخرى كمجالات السيارات .

Lamy.Commerciale, 1989, no. 2466 p. 869.

اما في فرنسا فكان عدد اصحاب الامتياز عام ١٩٧٠ (٤٠٠٠) واصبح مع بداية عام ١٩٨٨ (٣٠٠٠) .

Jean Paul Clement, Quinze ans de Jurisprudence Franchise: Les Cents decisions qui ont fait la Franchise (1973:1988), edition EDIREF/France 1989 p.1.

وفي احصاء تم عام ١٩٨٨ في فرنسا تبين ان ٤٪ من ارقام معاملات التجزئة متحصلة من عقود امتياز بـ (٦٠ مليار فرنك فرنسي) وان عدد المانحين وصل الى ٥٠٠ شخص في حين وصل عدد متلقى الامتياز الى ٢٥٠٠٠ شخص

Philippe Lc Tourneau, Concessions:Franchisage,Op. Cit., No. 13 p. 4.

وانظر كذلك بشأن تفصيل تطور عقد الامتياز في فرنسا :

Ph. Bessis, Le Contrat de Franchisage, Les Guides Montchrestien/France, 1986 no. 8 p 13et s.

(٣) يسمى بالفرنسية Concessionnaire/Franchise وبالانجليزية Franchisee

(٤) تسمى بالفرنسية Concedant/Franchiseur وبالانجليزية Franchisor .

(٥) عرفت الولايات المتحدة الامريكية ثلاث صور من الامتياز التجاري : وهي امتياز التوزيع (Distributionship/Product Franchises) وامتياز التصنيع بخدمات محلية ومعايير خاصة بالمانح (chaîne style business) وامتياز التصنيع بخدمات خاصة بالمانح (مركبات للعصائر مثلا (Manufacturing or processing plants) انظر في ذلك :

(Comprehensive Business Law, Op. Cit., p. 959) ويضاف اليه امتياز رابع وهو الخدمات وذلك حينما يقتصر دور منقلى الامتياز على منح خدمات بمعايير خاصة بالمانح كاصلاح للسيارات او ادارة المنشأة بأسلوب معين : انظر في التتويه بهذا العقد (Service Franchise) :

Christopher Bellamy and Graham D Child and others : Common Market Law of Competition, thied edition : London Smeeth & Maxwell 1987 p. 286 No. 6.117

وانظر تعريفات أخرى في نفس المعنى :

Code de deontologie de la Federation Francaise de Franchise, Juris Classeur Vo. Contrats de Distribution Fasc. 587 et Philippe Le Tourneau Le Franchising, J.C.P. edition notarial 1985 no. 7 p. 14.

وانظر في التتويه بالمشكلات الخاصة التي تعترض انتشار عقد الامتياز التجاري لاسميا في اوروبا الشرقية التي لا يوجد فيها اى اطار قانوني له :

Committee X International Franchising, International Franchise Association : Private Contracts, Public Policies, International Franchising in the 1990, Washington D.C. May 1990 International Business Lawyr, (U.S.A.), Septeber 1990 PP. 13: 14.

(٦) ويترتب على عدم تحديد السعر او تعليقه على المعايير ملك يمين مانح الامتياز وحده بطلان البند الاتفاقي الخاص بتحديد الثمن على هذا النحو :

Cass. Com 12 Fev. 1974.D.1974. 414 note J. Chesten; J. C. P. edition G. 1975 11. 17915. note J. Bore et Cass. Com, 14 Janv. 1980. 2 arrets D. 1980 informations rapides 570 observation chr. Larroumet J. C. P. edition G. 1981. 11. 19585 note B. Giéoss Cass Com. 12 Dec. 1989 (Cassation de Riom, 15 Guin 1988), D. S. 1990. Sommaires commentes, p. 369

كذلك الحال اذا ارتبط السعر بالسعر الدارج عادة في مكان استغلال المنشأة والذي ينفرد بتحديد مائع الامتياز :

Cass. Com 11 Oct. 1978 (3 arrets). D. 1979. 135 note R. Houin; J. C. P. edition G. 1979. 11.19043 note, Loussouaran.

ويصبح مشروعاً اذا علق تحديده على ارادة اجنبي عن الماقيدين :

Cass. Com 25 Mai 1981 (2 arrêts) : Bull. Civ. IV. no. 246 et 247 et Revue Trimestrielle du droit commercial, 1981 no. 11 p. 828 observation J. Hemard

او اذا ارتبط تحديده بسعر ، الكتالوج ، الذي يخلو تحديده الى حد كبير من تحكم المانح :

C.A. paris 4eme ch. 21 Sep. 1989 (confirmation du tribunal com. de paris, 8 eme ch. 23 Sep. 1987), D.S 1990. Sommaires commentes. p. 369.

(٧) كان عقد ال Franchising يتميز بأنه مقصور على الاحتكارات الواردة على علامة تجارية وكان هذا يفرقه عن عقد ال Concession الفرنسي الذي يشمل كل صور العقود التي يكون فيها لأحد توزيع منتجات معينة ذات علامة تجارية او بدونها ما دامت هذه المنتجات متميزة باسم تجاري او شهرة خاصة ثم اتحد مضمون العقدتين على ما يبدو وبات المصطلح الاول يستعمل فيما يرد عليه المصطلح الثاني رغم ما يوجد بينهما من اختلافات : انظر في التقريب بين المصطلحين :

Jean Paul Clement, Quinze ans de Jurisprudence..., op. cit., pp. 18 et 27 et Common Market Law of competition, op. cit., no. 6-117 p. 286.

وانظر في ضرورة عدم الخلط بينهما لاختلاف العلاقات العقدية المترتبة عليها . Lamy Commerciale. 1989 no. 2462 p. 868

مع ذلك فان عقد الامتياز يظل متميزاً بامرين يقدمهما المانح وهما المساعدة الفنية وحق المعرفة . Ph. Bessis, Op. Cit., 23

ويشمل حق المعرفة في هذا الشأن العلامة التجارية للمانح ولافتته

(enseigne):ph. Le Tourneau, Le Franchising, article op. Cit. (J.C.P. edition notarial), no. 27 p. 18.

(٨) عقد الامتياز الإداري هو عقد اداري يتعهد أحد الأفراد او الشركات بمقتضاه القيام على نقلته وتحت مسؤوليته المالية ، بتكليف من الدولة او إحدى وحداتها الادارية ، وطبقاً للشرط التي توضع له بإداء خدمة عامة للجمهور ، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيفائه على الأرباح بعناية أخرى انه . عقد التزام ، ذو طبيعة خاصة وموضوعه ادارة مرفق عام ولا يكون الا لمدة محدودة ، ويتحمل الملتزم نفقات المشروع واخطاره المالية ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين ، انظر محكمة القضاء الإداري ، ٢٥ مارس عام ١٩٥٦ ، كمجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، س ١٠ ، رقم ٢٧٠ (قضية رقم ١٤٦ من ٨٠) ، ص ٢٥٩ : ٢٦٠ .

وانظر تعريفات مماثلة له :

Jean de soto Droit administratif, theorie genrale du service public, edition Montchrestion 1981 no. 288 p. 255:256 et Georges Vedel et Pierr Devolve: Droit administratif, PUF 1988 p. 196 et pp. 1134: 1137

وأيضاً :

Andre Laubadere, Trite de droit administratif, Tome 1, par Jean-Claud Venezia et Yves Gaudmet, LGD4, no. 1311 p. 667.

وانظر في بيان أوجه التشابه بين العقدين :

Lamy Commerciale, op. cit no. 2461 p. 868

(٩) يسميه بهذا الاسم د . سعيد يحيى (الكلاء التجاريون في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصاد ، تصدرها كلية حقوق القاهرة ، س ٤٧ ، العددان ٣ و ٤ سبتمبر/ ديسمبر عام ١٩٧٧ ص ٥٥٩ : ٥٦٠) أما د . علي سيد قاسم فيسميه أيضاً عقد الالتزام التجاري (مقال له بهذا العنوان ، مجلة القانون والاقتصاد س ٥٤ عام ١٩٨٤ ص ٢٠٣) .

(١٠) يطل العقد لعدم تحديد المجل والصبر اذا التزم المتلقي بالحصول على ٩٠٪ من منتجاته من المانح بالكلم والكيف الذي يحدده الاخير وحده ودون ان يكون سعر هذه المنتجات محددا أو قابلا للتحديد :

C.A paris ch. B, 1er Dec. 1989 D.S 1990. Sommaires commentes. 25 eme c p. 369.

(١١) ولا يترتب على مجرد عدم وجود « قصر جغرافي » على هذا النحو البطلان :

Cass. Com 16 Janv. 1990 (Rejet du pourvoi contre Bordeaux, 2eme. ch 1 er Juin 1988) : D.S. 1980 Sommaires commetes. p. 369.

(١٢) انظر في التنويه بأهمية هذا التعاون الوطني (collaboration etroite) للممتنع (Permanente) وليس من ان إلى آخر فهمب : (non simplement occasionnelle)

C.A paris, 5ème ch. c., 27 Av. 1990 (confirmation de Trib. com paris, 1ere ch. 27 Juin 1988) : D,s 1990 sommaires commentes. p. 370.

فاذا ثبت اخلاعه بهذا التعاون كان ذلك مبررا لانتهاء العقد : انظر بشأن الاخلاص بالالتزام بتأهيل المتلقى :

T.G.I. Lyon, 10e ch. 24 Av 989 et T.G.I. 1ere ch. 20 Nov 1989 (D,S. 1990. Sommaires commentes p. 370) .

مع ذلك كان التزام المانح ممثلا في النصص والمشورة عندما يطلب الاخير ذلك ، فلا يسأل المانح عن اخلاعه بهذا الالتزام الا ان كان المتلقى لم يطلب منه ذلك :

C.A. Paris, 25e ch.B 19 Janv. 1990 (Infirmité de Trib. Com Paris. 12e ch. 10 Mars 1987) : D.S 1990. Sommaires commentés. p. 370

ولا يعد من قبيل التعاون الذي يفرضه المانع موه اختيار المثلث لموقع محله التجاري وعدم عمله دراسة متعمقة للسوق مادام المثلث لم يدع نسبة خطأ للمانع في تنفيذ عقد الامتياز لاسيما فيما يتعلق بتأهيله ومنحه خبراته المتمثلة في عقد اجتماعات دورية له مع باقي المثلثين وامدادهم بالجديد من المعلومات والخبرات التقنية والمالية المحاسبية على اساس ان تقديم المانع كل ذلك يرى مباحته من ادعاء المثلث فيصور المعرفة (savoir-faire) التي تلقاها من المانع .

C.A.Paris. 21 Sep. 1990 Colmar 9 Mars 1990 et Cas : Com 9 Mars 1989 : D.S. 1990 Commentaires sommaires. p. 370-371 .

(١٣) وهو ما يعبر عنه بالانجليزية بأنه Inflated Price Comprehensive Business op. cit. , p. 965.

(١٤) انظر في التتويج بمزايا هذه العقود لطرفيها على سبيل المثال :

Jean Guyenot: Concession exclusif, Encyclopedie Dalloz Vo. Droit Commercial (version du 1973), no 1 p. 2 et s. notammé no. 8.

ولعل اهم مثال قيل في شأن اهمية عقد الامتياز التجاري بالنسبة للمانع هو المثال الخاص بمطاعم الوجبات السريعة ماكدونالد (McDonald) حيث بدأت في الخمسينيات برأس مال قدره ٣٥ الف دولار وتجاوز راسمالها عام ١٩٨٥ (٣٠٠ مليون دولار) :

Ph. Le Tourneau, Le Franhisage, article Op. cit., J.C.P. édition notarial, no. 128 p. 29.

(١٥) انظر سابقا هامش رقم (٢) وانظر في شأن تطور القضاء الفرنسي بشأن عقود التوزيع بوجه عام مع التتويج بموقف محكمة النقض الفرنسية من القضايا المعروفة باسم (Affaires Lecerc-Parfumerie) والتي برأت فيها المحكمة Leclerc من تهمة الاستعمال غير المشروع لعلامات مسجلة والمنافسة غير المشروعة لشبكات التوزيع المعتمدة للعطور حاملة هذه العلامة على اساس ان مجرد اعادة بيع هذه العطور من جانب محلات Lerlerc عبارة عن مستودعات كبيرة لكل شيء وتبيع بأسعار مخفضة بالنظر الى الدارج - رغم كونها غير معتمدة لذلك وغير مهينة لتوفير مستوى العرض والتسويق الملائم في شبكات التوزيع المعتمدة لا يعقد مسؤوليتها :

Patrice Jourdan, Les réseaux de distribution et la responsabilité des tireurs revendeurs hors réseau: A propos des affaires Leclerc-Parfumerie, D.S. 1990. cheonique. pp. 43:50.

(١٦) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني، ج ١ ص ١٨٨ .

(١٧) يقال باللغة الفرنسية للوكيل (mandataire) اما الموكل فيسمى (mandant) .

(١٨) يقال باللغة الفرنسية للوكيل بالعمولة (commissionnaire) لما موكله فيقال له (commettant) .

(١٩) الاسنادة الدكتورمة ممحة القليوبي ، عود الوكالات التجارية والمممة والزهن التجاري ، دار النهضة العربية عام ١٩٨٠ ، رقم ١٦ .

(٢٠) Encyclopedie pratique de la franchise commerciale et industrielle (Mise a jour) 1985, edition IREFF (Institut de Recherche et de Formation de la Franchise), 1985, no. 62 p.3

(٢١) يقال باللغة الفرنسية للبايع (vendeur) اما المشتري فيطلق عليه (acheteur) .

Jean Hemard, Chronique: Revue Trimestrielle du Droit Commercial, (٢٢) Sirey/France, 1953 No. 5. P. 721.

وانظر عكس ذلك :

Cour d'appel de Paris, 25 Juin 1968 Revue trimestrielle du droit Commercial, 1968, observation Hemard p. 749 et s. et Cass. Civ. 1ere ch 15 Mars 1988 Bull. Civ 1. no. 83, Revue Trimestrielle du Droit Commercial et Sciences Economique, Hemard et Bouloc 1988, no. 16 p. 674: 675 .

(٢٣) يقال للمورد (fournisseur) والمورد اليه (fourni) باللغة الفرنسية .

(٢٤) د. على قاسم المقال السابق ، ص ٢٤٠ .

(٢٥) نشر احد هذه الاحكام في مجلة : J.C.P. edition G. 1972. 11. 17240 bis .

(٢٦) وهو ماكيفه البعض (Eugene Schhaeffer) بانه حل مليمانى نمية الى سليمان الحكيم : انظر في ذلك مقاله : (a propos d'un arret de : Le pompiste en station service partage la cour de Cassation, Chambre 19e sociale du 13 janvir 1972) J.C.P. edition G. 1972. I. 2503

وتنوه بان سيدنا سليمان لم يقل ذلك الا لتظهر الام الحقيقية ولم يفعل حقيقة في القصة المشهورة المتداولة عنه من احكام سيدتين عند تنازعهما امومة وليد فصور لهما انه سيقطع الوليد بينهما ففارت الام الحقيقية وطلبت منه بكامله للام المدعية لانها لم تطق رؤية هذا المنظر فمنحها سليمان الحكيم الوليد بعد ان تأكد بذلك من 'امومتها' له .

(٢٧) اصل هذه المادة هو قانون صادر في ٢١ من مارس عام ١٩٤١ وقد وضع هذا النص اساسا ليحكم العلاقة بين مديري اكشاك بيع الجرائد والمجلات والكتب في محطات المترو في العاصمة الفرنسية باريس . فقد كان يربط بين الهيئات القائمة على هذه المحطات والمكتبة الفرنسية الشهيرة Hachette عقدا بموجبه يبيع مديرو هذه الاكشاك مطبوعات هذه المكتبة ويحيط الاشياء الاخرى

التي تدعم بها هذه المكتبة أيضا . ويلتزم مدير الأكشاك باحترام السعر إلى تفرضه المكتبة الأم وكذلك احترام تعليماتها في كل شيء لا سيما في وقت العمل وطريقة عرض المعروضات . ولم يطبق هذا النص التشريعي إلا على هذه الأكشاك وبعض فروع محلات natalys الفرنسية الشهيرة :

Encyclopedie pratique , op. cit., Fasc. p. 149

(٢٨) وبعد شبه مقصور عليهم إذا كان ٨٠٪ تقريبا من المعروضات يخص منشأة صناعية أو تجارية واحدة Encyclopedie pratique , op. cit., Fasc. 53 p. 149 :

(٢٩) حكمت محكمة النقض الفرنسية ; "نقطة الاجتماعية" في ٢٣ من يونيو سنة ١٩٦٦ بأن من تلقى الامتياز عامل يمسد رب العمل عنه إلا "نقطة اجتماعية" : دعوى Societe NATALYS c/SANSAUT مشار إليها في مرجع Citations سابق الإشارة إليه ، ص ٣٢ وفي ٢١ من مارس ١٩٧٠ (دعوى: PRENATAL C/HABERCORN: عدلت المحكمة عن هذا القضاء : نص مرجع Clement ص ٣٢ . ونقوه في هذا الصدد بأن الفقرة الثانية من المادة ٧٨١-١ من قانون العمل الفرنسي تترهن التزام رب المنشأة الصناعية أو التجارية الواردة في المتن بتطبيق احكام قانون العمل على هاتين الطائفتين من الأشخاص بخضوعهم لتعليماته التي يصدرها او يعتمدها بشأن ظروف العمل ومواصفاته الصحية والأمنية .

(٣٠) انظر في ذلك : Ph. Bessis, Op.Cit. No,39 P.39: وكذلك Encyclopedie pratique de la Franchise, op. cit., Fas. 53 p. 149 et Repertoire Dalloz vo. Droit du travail (version du 1976) no. 28 P.3.

(٣١) Cour d'appel de Nancy, 26 juin 1970, Dalloz/Sirey 1971, Sommaire p. 175, Cour d' appel de Paris 15e ch 19 janvier 1971, Gazette du Palais, 1971, LER SEM. P. 368 et cour d'appel de Paris, 9 mars et 8 JUIN 1971 (2 arrrets), Dalloz Sirey 1971. 11.630 et s. note jean Hemard

(٣٢) انظر في استعراض هذه الاحكام : Clement, op. cit, p. 39 وانظر في التأكيد على استقلال من تلقى الامتياز عن مانح الامتياز في اطار من الترابط :

(Chaque Franchise est independant mais dans l interdependance). Oliver G'AST, Apercu General de la lio americaine sur le Franchising, Revue trimestrielle du droit commercial et sciences economiques, 1982 p.239.

(٣٣) Rodiere et Champaud A Propps de pompistes de marque (J.C.P.edition G 1966 J. 1988)

(٣٤) ولا يوجد في حقيقة الامر رأى مرجوح في الله يرى عكس ذلك .

(٣٥) فيقال ان احكام القانون المدني ما زالت محتفظة بمصفة العمومية بالنسبة لموضوع العلاقة القانونية

على العلاقات الناشئة عن عقد العمل الذي لا يخضع لقانون العمل بالنظر الذي لا تتعارض فيه مع القواعد الخاصة بهذا العقد الأخير ، الأستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكي، عقد العمل الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ط ٢ ، عام ١٩٨٢ ، رقم ٤ ص ٢٦

(٢٦) مادة ٦٧٥ من تقنين العمل .

(٢٧) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٥ ص ١٠٥ .

(٢٨) خلت الصياغة الأصلية لهذه المادة من الإشارة الى حرف العطف بين كلمتي التجاريتين والجوابين ويضرب للفقه المثل بهذه المادة في معرض استعراض الأخطاء المادية في القانون التي ترجع الى سهو المشرع : انظر على سبيل المثال جمال زكي ، المرجع السابق رقم ١٣٣ وص ٥٣٥ والأستاذ الدكتور عبد الوود يحيى شرح قانون العمل دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة عام ١٩٨٥ ، رقم ١٠٠ ص ١٣٨ والأستاذ الدكتور حمام الدين كامل الاهواني ، شرح قانون العمل للقاهرة عام ١٩٨٨ : ١٩٨٩ رقم ٨١ ص ١٠٩ .

(٢٩) يقابل هذا النص نص المادة ١-٧٥١ من تقنين العمل الذي ينطبق على ثلاث فئات هم : الجوابون (voyageurs) والممثلون (Representant) والمعارضون (placiers) ويشار الى هؤلاء الثلاثة عادة بالأحرف الأولى : V.R.P. : انظر دراسة هذا النص : Encyclopedie pratique de la Franchise..., op.cit., Fasc. 53 P. 143.

(٤٠) للمنتشر الدكتور فتحى عبد الصبور ، الوسيط في قانون العمل ، الجزء الاول القاهرة عام ١٩٨٥ رقم ١٦٧ ص ٢٣٩ .

(٤١) قضية رقم ٢٦٧ ص ٥ ق مجموعة احكام القضاء الادارى ، ص ٦ ص ٧٥٩:٧٥٨ .

(٤٢) حكم دائرة فحص الطعون بمحكمة النقض في ٣ من يونية سنة ١٩٦٢ طعن رقم ٢٦٠ ص ٢٩ غير منشور ومشار اليه لدى عبد الصبور المرجع السابق رقم ١٦٧ ص ٢٣٩ هامش رقم (١) .

(٤٣) انظر في التأكيد على مفهوم الشخص الطبيعي للعامل بالنسبة للقانون الفرنسى المراجع المشار اليها في الهامش السابق رقم (٢٥) وبالنسبة للقانون المصرى انظر : الأستاذ الدكتور محمد لبيب شنب ، شرح قانون عقد العمل ، القاهرة طبعة عام ١٩٨٧ ص ٤٧ .

Cass. Com. 9 juillet 1952, Revue Trimestrielle du Droit Commercial, 1953 p. 720 (٤٤) observation Jean Hemard, Cass. Com. 21 Oct. 1970 Dalloz Sirey, 1971. Som. 24, Cass. Com. 6 janv. 1987, Bull. civ. IV no. 7 p. 5 Revue Trimestrielle du Droit commercial., 1988 Observations Hemard et Boulloc. no. 21 PP. 122:123 ET Cass. Com. 10 Fèv. 1987, Bull. Civ. IV. no 41 p. 31 Revue Trimestrielle du Droit Commercial., observations Hemard et BOULLOC 1988 no. 19 p. 121.

Cass. Com 9 juillet 1952 6Affair Margouet C/Soc. Andre Citroen, Revue (٤٥)
Trimestrielle du Droit Commercial, 1953 NO. 5 p. 720 comment par Jean
Hemard.

Cour d'appel de Paris, 12 nov. 1962, Dalloz Sirey 1963, Sommaire 25. (٤٦)

Cass. Com. 13 Juin 1978, Bull. Civ IV. no. 164 Cite par Guyenot, op. Cit., (٤٧)
no 197, et s.mise a jour 1983 P. 72 et Paris 5 eme ch. 8 dec. 1978 cite par
clement, op cit., 35.P. 45

Pris, 5 eme ch. 19 nov. 1961, J.C.P. editon G. 1970. 2.16253. وبشبهه (٤٨)
في تأكيد ذلك مرجع Business Law سابق الاشار اليه ، ص ٩٦٥ .

Cass. Soc 12 nov.1962, D.H 1963 Som. 25. (٤٩)

(٥٠) مع ذلك اذا اقام المتلقي الدليل على نسبة التعريف الى المانع كان له الحق في الحصول على
تعويضات تعبر ما لحقه من اضرار :

Cass, Com. 17 Apcil 1980 Affaire Societe CANOR C/ Societe VOLVO
France

ومشار اليه في :

Encyclopedie pratique de la Franchise Commerciale et Industrielle, op.
cit. no. 142 p. 210

Hemard et Bouloc, observations : Revue trimestrielle 'du droit (٥١)
Commercial., 1988 (Precitees), no. 21 p. 123.

فان كان العامل المفصول العوده الى عمله فان من حق متلقي الامتياز الحصول على تعويض
جابر لما لحقه من ضرر نتيجة عدم التجديد : مرجع Guyenot سابق الاشارة اليه ، رقم ١٩٥ .
وانظر كذلك : Ph. Bessis, Op. Cit.No.85p. 83.

(٥٢) انظر الحكم الشهير الصادر في دعوى Mobil Oil ضد Laporte من محكمة باريس (الدائرة
١٥) في ١٠ من يولية سنة ١٩٧٢ (غير منشور ومشار اليه في Guyenot ، المرجع السابق ،
رقم ٢٠٢ ص ١٧:١٦) .

وانظر كذلك نقض محكمة النقض لأحكام استئناف آخر حديث صادر من نفس المحكمة، ثبت
بمقتضاه اصرار محكمة النقض على رفض حق متلقي الامتياز في طلب التجديد واقتضاء
التعويض من المانع اذا شاب رفضه للتجديد التصف
Cass, Com 6 janvier 1987, Bull. Civ. IV. no 7 p. 5.

Soc. 7 dec. 1960, Bull. Civ. IV. no. 1141 et 6 janv. 1961, J.C.P. 11 12000 (٥٣)

(٥٤) وانظر في التحفظ على هذا القضاء مرجع Guyenot سابق الإشارة اليه ، رقم ٢٠١ من ١٦ .
(٥٥) ولهذه الاعتبارات ايضا اتجاها فقهي حالي بنادى بحق الملتقى في تعويض نقدي ببقاء نظير العملاء الذين يتمكن من جعلهم يلتفون حول المنشأة أثناء ادارته لها، من خلفه ويعد سدا «بمريض بمثابة خلو رجل (Redevance de sortie de reseau) انظر في ذلك .

Ph. Le Tourneau, Le Franchisage, article op, cit. (J.C.P. edition notarial),
no, 89 p. 25

ونؤوه صاحب هذا الرأي بان الحق في التعويض يثبت للملتقى سواء اكان العقد محدد المدة أو غير محدد المدة كما لا يؤثر على وجود النص في عقد الامتياز على التزام الملتقى بعدم المنافسة بعد القضاء عقده (نفس المقال ، رقم ١٢٥ من ٢٩) .

(٥٦) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ من ٢٠٩

(٥٧) د. محمد شوقي السيد، نظرية التعسف في استعمال الحق ، القاهرة عام ١٩٧٩ رقم ٢٦٩ .

(٥٨) الامتياز الدكتور حسن كيرة ، المدخل الى القانون منشأة المعارف ، ط ٥ عام ١٩٧٤ رقم ٣٩٧ من ٧٨١ وانظر عكس ذلك نقض مدني في ٤ من ابريل عام ١٩٨٥ من رقم ١٢٤٤ من ٤ ق مشار اليه لدى المستشار عز الدين الديناصورى والدكتور عبد الحميد الشواربى المسئولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء نادى القضاء بالقاهرة عام ١٩٨٨ ، من ١٣٠:١٢٩ .

(٥٩) نقض مدني في ١٥ من ديسمبر سنة ١٩٧٩ طعن رقم ١٣٣٧ من ٤٧ ق مشار اليه لدى الاستاذ محمد كمال عبد العزيز التتتين المدني في ضوء القضاء والفقه ، ج ١ القاهرة عام ١٩٨٥ من ٨١ .

(٦٠) انظر الهامش السابق ويلاحظ ان الفرد الذى ينسب اليه العمل التعسفى هو صاحب حق في استعمال حقه وهذا ما يميز العمل التعسفى عن العمل غير المشروع الذى لا يمكنه ربطه باى حق فيتم .
الاستعمال في ظروف تضفى عليه صفة التعسف : الاستاذ الدكتور سليمان الطماوى ، نظرية التعسف في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة) ، دراسة مقارنة الطبعة الثالثة عام ١٩٧٨ من ١٦٠ .

(٦١) كيرة رقم ٢٠٤ من ٧٩١ وزكى ، المرجع السابق رقم ٣٠٩ من ١١٦١:١١٦٠ .

(٦٢) كيرة رقم ٣٠٩ من ١١٥٧:١١٥٦ ولا رقابة على محكمة الموضوع فى استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وعلاقة المبيبة بينه وبين الضرر مادام هذا الاستخلاص سائغا ومستندا من عناصر تؤدى اليه من وقائع الدعوى (نقض مدني: ١٥ من يناير عام ١٩٨٩ ، الطعن رقم ١٨٣ من ٥٥٥ (غير منشور) و ٢٣ من فبراير سنة ١٩٨٩ للطعون ارقام ١٦٩٧ و ١٧٢٣ و ١٧٦٠ و ١٧٦٢ و ١٧٧٥ من ٥٥ ق (غير منشور) .

(٦٣) انظر الخلاف الفقهي بين اعتبار الخطأ البسيط او الاممال او عدم الاحتياط ضوابط للتعسف في الانهاء دون ارتباط بحالات التعسف الواردة في القانون لأن المسؤولية عن الانهاء مسؤولية عقيدية وليست تفسيرية (زكي رقم ٢٩٦ ص ١٠٧٢) واعتبار فكرة التعسف اوسع نطاقاً من فكرة الخطأ (كيره رقم ٣٨٥ ص ٧٧٢:٧٧١) - واحكام القضاء المصري غير ثابتة في هذا الشأن فتارة تلجأ الى نظرية النصف وتارة اخرى تلجأ الى فواعد المسؤولية التقصيرية : انظر تطبيقاً قضائياً للفكرة الاخيرة في مجال عقد النقل البحري : ٢٨ من مارس سنة ١٩٦٨ مجموعة المكتب الفني ، س ١٩ رقم ٩٥ ص ٦٤٢ وتطبيق آخر في مجال عقد المسمرة : ٩ من فبراير سنة ١٩٦٧ مجموعة المكتب الفني س ١٨ رقم ٥٢ ص ٣٣٤ وانظر في عرض ذلك : عبد الصبور رقم ٢٨٧ ص ٣٩٢:٣٩٣ ويرجع البعض ندره الاجتهاد القضائي في مجال التعسف الى تعدد التطبيقات التشريعية (كيره رقم ٣٩١ ص ٨٠٣) .

(٦٤) وبديهي ان تطبيق نظرية التعسف بواسطة القضاء المصري ليس متوقفاً على القانون الواجب التطبيق لان تطبيقها متعلق بالنظام العام في مصر ومقتضى ذلك ان ينسحب سلطان القانون الاجنبي واجب التطبيق . محل محله القانون المصري كلما تعلق الامر بتعسف في استعمال الحق .

(٦٥) وهوما يعبر عنه البعض بوجود علاقة قائمة على الثقة المتبادلة شبيهة بالعلاقات القائمة بين الشركاء المستندة الى نية المشاركة (Affectio societatis) واجبة الوجود في كل جماعة يجمعها رباط المصلحة (انظر مرجع Guyenot ، سابق الاشارة اليه رقم ١٩٤ ص ١٦ وما بعدها) وكذلك :

J. Threadard, Le concessionnaire doit-il solliciter la protection du législateur, Revue trimestrielle du droit commercial, 1972 p. 537 .

(٦٦) احتراما لذلك ينص القانون البلجيكي الصادر في ٢٧ من يولية سنة ١٩٦١ المغفل بقانون صادر في ١٢ من ابريل سنة ١٩٧١ علم، انه لا يجوز انتهاء عقد احتكار الا باخطار له مدة معقولة علاوة على مصاد مبلغ يحدده الاطراف على سبيل التعويض ، انظر في شرح ذلك :

Jean Guyenot, op. cit., no. 197 p. 16

(٦٧) ننوه هنا بالمادة ٢١٧ من القانون المدني المصري تبطل الاتفاق على اعفاء المدين من اية مسؤولية ترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى اذا كان ذلك ناشئاً عن شفه او خطئه الجسيم ابطالها لأى شرط يقضى بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع .

(٦٨) ويكون للدائن الخيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية اذا ترتب على الاخلال بتقيد التزام عقد المثلوس بسلامته المادية او المعنوية او الاعتداء على امواله (الامتداد الدكتور محمود جمال الدين زكى الوجيز في النظرية العامة للتزامات ، القاهرة عام ٧٨ رقم ٢٢٧ ص ٤٥٨ .

حقوق الإنسان أمام القضاء فى الإسلام

السيد المستشار/ البشرى محمد الشورى
بمحكمة النقض

والتي تتفق مع كونه خليفة الله فى الأرض، وحقوقاً فى المساواة والعدالة، والملكية والتكافل الاجتماعى، فضلاً عن الحق فى سلامة حياته وحمايتها، وحماية عرضه وماله وسمعته وخصوصياته، وحماية الحريات الكفيلة بضمان حقوقه الطبيعية الفطرية، وغيرها. وقد صدر البيان العالمى عن حقوق الإنسان فى الإسلام، فى باريس سنة ١٩٨١، عن المجلس الإسلامى الدولى، وهو يتضمن هذه الحقوق والحريات، مستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة.

تكيف حقوق الإنسان فى الإسلام وحكمها الشرعى:

إن حقوق الإنسان فروض وواجبات شرعية. فمن أنواع الحكم الشرعى فى الإسلام كون للفعل فرضاً أو واجباً، وهو ما يُطلب من المكلف على

العاشرة على أن لكل إنسان الحق، على قدم المساواة التامة مع الآخرين، فى أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً علنياً للفصل فى حقوقه والتزاماته وأية تهمة جنائية توجه إليه. ونصت المادة الحادية عشرة على أن كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدابته قانوناً. بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه، ولا يُدان أى شخص من جراء أداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل إلا إذا كان ذلك يعتبر جرماً وفقاً للقانون الوطنى أو الدولى وقت الارتكاب، ولا تُوقع عليه عقوبة أشد من تلك التى كان يجوز توقيعها وقت ارتكاب الجريمة.

ولقد أرسى الإسلام منذ أربعة عشر قرناً حقوقاً للإنسان فى احترام حريته وكرامته التى حباه الله ليها

تُجمل حقوق الإنسان، التى نادى بها الإعلان العالمى لحقوق الإنسان منذ أربعين عاماً^(١) فى أن لكل فرد الحق فى الحرية والمساواة، والحق فى الحياة وفى سلامة شخصه من الرق والتعذيب والمعاملة القاسية، وفى التملك والضمانة الاجتماعية، والعمل، والتعليم، ومستوى من المعيشة كاف للمحافظة على الصحة والزراعية له ولأسرته.

ونقصر تقريرنا هذا على حقوق الإنسان أمام السلطة القضائية (متهماً أو صاحب دعوى أو مسؤولاً عن التزامات أو مطالباً بحقوق).

وفى هذا نصت المادة الثامنة من الإعلان العالمى على أن لكل شخص الحق فى أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التى يمنحها إياه القانون. ونصت المادة

ونكر الباحث حماية أخرى لهذه الحقوق ، بقوله إن الحق يحميه الواجب وما من حق إلا ويقابله واجب ، وأهم حقوق الإنسان كذلك محدوده ، وهي أعلى درجات العقوبة في الاسلام فضلا عما يمكن أن يكون من تعزيز ، حماية لهذه الحقوق ولسائر حقوق الانسان في الاسلام^(٢) . وهكذا تميزت النظرة الاسلامية الى حقوق الانسان عن النظرة الماضية ،

وعن أبلغ ماوصل اليه الفكر الإنساني إذ عرفت حقوق الانسان لا كمجرد حقوق وإنما ككفراض إلهية وواجبات شرعية لا يجوز لصاحبها - الانسان - أن يتنازل عنها أو يفرط فيها وإلا كان أنماه^(٣) ، وبلغ حكم الاسلام في حماية حقوق الانسان أن هذه الحقوق محوطة فيه بحماية الله تعالى فهي من محارم الله ، وحماية الضمائر وحماية المجتمع في صورة التكافل السياسي والاجتماعي ، وحماية الدولة في صورة الحدود والتعازير على الإخلال بها^(٤) .

حقوق الانسان أمام القضاء

إن حقوق الإنسان أمام القاضى فى الاسلام تتمثل - إجمالاً - فى حقه فى العدالة ،

وفى تقديس حقوقه الى الحد الذى تجاوز بها مرتبة الحقوق عندما اعتبرها ضرورات ومن ثم أدخلها فى إطار الواجبات ، فهى ضرورات واجبة للإنسان ، لا يصح تنازله عنها ، بل إنها واجبة عليه أيضاً لتصح حياته كما أرادها الله ، ولتحقق مهام خلافته ، فالحفاظ عليها ليس مجرد حق للإنسان بل هو واجب عليه يأثم بالتفريط فيه^(٥) .

ومن الباحثين من ذهب - إلى تكييف حقوق الانسان بعبارة أخرى بأنها محرمات ، فإن الله هو الذى تفضل بها على الانسان ، وإنها لأعز على الله من بيوته ، فحمايتها وصونها والثود عنها قربة لله ، فما من حق للعباد إلا والله فيه حق ، ومن هنا تنأتى لها حماية وقديسة لا تتوافر فى نظريات الغرب عن حقوق الإنسان^(٦) .

ففى الحديث قوله ﷺ :
« والله لحرمة المؤمن اعظم عند الله من حرمة بيته المحرم » (متفق عليه) . وفى حجة الوداع قال عليه الصلاة والسلام : « أيها الناس إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم الى أن تلقوا ربكم » .

طريق الحتم والایجاب ، ويستحق العذاب على تركه^(٧) ، ويختلف عن النقل والنسب والتطوع ، لأن الإخلال به حرام . وتأخذ حقوق الإنسان حكم الفرض والواجب . بل يذهب البعض إلى أنها ضروريات - وهى أعلى درجات المصالح - وتحميها حدوده ، وإلى أنها حرمت تدخل فى حمى الله تعالى .

إن حقوق الإنسان فى الاسلام شرعها الخالق سبحانه ، فليس لبشر أباً كان أن يعطلها أو يعتدى عليها ، ولها حصانة ذاتية لا تسقط بإرادة الفرد تنازل عنها ، ولا بإرادة المجتمع ممثلاً فيما يقيمه من مؤسسات أيا كانت طبيعتها أو سلطتها^(٨) . فهي ليست منحة من حاكم ، وهى بهذا الوضع حقوق أبدية ، لا تقبل حذفاً ولا تعديلاً ولا نسخاً ولا تعطيلاً^(٩) .

فالحكم الشرعى لهذه الحقوق إذن هو أنها ليست مجرد حقوق ، لكنها ضرورات فطرية للإنسان من حيث هو إنسان ، والاسلام دين الفطرة فمن الطبيعى أن يكون الكافل لتحقيقها . فقد بلغ الاسلام فى الايمان بالانسان

وفى محاكمة عادلة ، وهو ما يمكن أن يعبر عنه النصان الرابع والخامس من البيان الإسلامى العالمى لحقوق الإنسان، وفردنهما الآتى :

٤ - حق العدالة : (أ) من حق كل فرد أن يتحاكم الى الشريعة وأن يحاكم اليها دون سواها : ﴿ فإن تنازعتم فى شئ فردوه الى الله والرسول ﴾ (١٠) ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم ﴾ (١١) .

(ب) من حق الفرد أن يدفع عن نفسه ما يلحقه من ظلم : ﴿ لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم ﴾ (١٢) ومن واجبه أن يدفع الظلم عن غيره بما يملك : فليصبر الرجل أخاه ظلماً أو مظلوماً : إن كان ظلماً فلينبهه وإن كان مظلوماً فليصره (١٣) . ومن حق الفرد أن يلجأ الى سلطة شرعية تحميه وتصفه وتدفع عنه ما لحقه من ضرر أو ظلم ، وعلى الحاكم المسلم أن يقيم هذه السلطة ويوفر لها الضمانات الكفيلة بحيادها واستقلالها : «إنما الامام جنة يقاتل من ورائه ويحتمى به» (١٤) .

(ج) من حق الفرد -

ومن واجبه - أن يدافع عن حق أى فرد آخر ، وعن حق الجماعة حسبة - «ألا أخبركم بخير الشهداء؟ الذى يأتي بشهادته قبل أن يمأله» (١٥) أى يتطوع بها حسبة دون طلب من أحد .

(د) لا تجوز مصادرة حق الفرد فى الدفاع عن نفسه تحت أى مسوغ «إن لصاحب الحق مقالا» (١٦) . «إذا جلس بين يدىك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء» (١٧) .

٥ - حق الفرد فى محاكمة عادلة : (أ) البراءة هى الأصل : «كل أمتى معافى إلا المجاهرين» (١٨) . وهذا الأصل مختصص ومستمر حتى مع اتهام الشخص ما لم تثبت إدانته أمام محكمة عادلة إدانة نهائية .

(ب) لا تجريم إلا بنص شرعى : ﴿ وما كنا معذبين حتى ننبئ رسولا ﴾ (١٩) . ولا يعذر مسلم بالجهل بما هو معلوم من الدين بالضرورة ولكنه ينظر الى جهله ، متى ثبت ، على أنه شبهة تُدرأ بها الحدود فحسب .

(ج) لا يحكم بتجريم

شخص ولا يعاقب على جرم إلا بعد ثبوت ارتكابه له بأدلة لا تقبل المراجعة أمام محكمة ذات طبيعة قضائية كاملة : ﴿ إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ﴾ (٢٠) . ﴿ وإن الظن لا يغنى من الحق شيئا ﴾ (٢١) .

(د) لا يجوز بحال - تجاوز العقوبة التى قدرتها الشريعة للجريمة : ﴿ بذلك حدود الله فلا تعتدوها ﴾ (٢٢) . ومن مبادئ الشريعة مراعاة الظروف والملابسات التى ارتكبت فيها الجريمة تدرأ للحدود : «الرأوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله» (٢٣) .

(هـ) لا يؤخذ إنسان بجريرة غيره : ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ (٢٤) . وكل إنسان مسئول بمسؤوليته عن أفعاله : ﴿ كل امرئ بما كسب رهين ﴾ (٢٥) . ولا يجوز بحال أن تمتد المصاة الى نويه من أهل وأقارب أو اتباع وأصدقاء : ﴿ معاذ الله أن نأخذ إلا من وجدنا متاعنا عنده إنا إننا لظالمون ﴾ (٢٦) . انتهى ما أرنا نقله من البيان الإسلامى العالمى لحقوق الإنسان (٢٧) .

قيمة العدل ضمن حقوق الإنسان في الإسلام

إن «العدل» من أسماء الله الحسنى، وصفة من صفاته سبحانه وتعالى، ويحفل الإسلام بالأمر بالعدل أمراً عاماً شاملاً دون تخصيص بنوع دون نوع أو طائفة دون طائفة، لأن العدل نظام الله وشرعه، والناس عباده وخلقه يبيتون أبيضهم وأسودهم، ذكرهم وأنثاهم، مسلمهم وغير مسلمهم أمام عدله وحكمه^(٢٨). والظلم ظلمات يوم القيامة^(٢٩). إضافة إلى أنه يفسد شؤون الدين والدنيا، والمقسطون عند الله يوم القيامة على منابر من نور عن يمين الرحمن عز وجل، وكلتا يديه يمين، الذين يعطون في حكمهم وأهلهم وما ولوا^(٣٠). ويقول تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ أَنْ تُوَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حُكِمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ، إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ، إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعاً بَصِيراً﴾^(٣١). يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط، ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا، اعتدوا هو أقرب للثبوت، واتقوا الله، إن الله خبير بما تعملون^(٣٢). ﴿وَإِذَا قُلْتُمْ

فاعتدوا ولو كان ذاك قريباً﴾^(٣٣).

والعدل واجب على الكافة تجاه الكافة، ومن ثم كان الظلم حراماً على الجميع، إزاء الجميع^(٣٤). وفي حديث قيس يقول تعالى: «إنى حرمت على نفسي الظلم وعلى عبادي - ألا فلا تظالموا»^(٣٥). ﴿إِنَّ اللَّهَ لَا يَظْلِمُ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ﴾^(٣٦) وما أشد عقاب الظالم على ظلمه يوم القيامة: ﴿وَلَوْ أَنَّ لِلَّذِينَ ظَلَمُوا مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً وَمِثْلَهُ مَعَهُ لَافْتَدَوْا بِهِ مِنْ سُوءِ الْعَذَابِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَبَدَأَ لَهُمْ مِنَ اللَّهِ مَا لَمْ يَكُونُوا يَحْتَسِبُونَ﴾^(٣٧).

والعدل هو الحق وهو نقيض الظلم. يقول الإمام ابن تيمية إن حق المظلوم لا يمسقط باستغفار الظالم. لا في قتل النفس ولا في سائر مظالم العباد^(٣٨)، وفي الحديث الشريف: «يؤتى بالقاضي العدل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في ثمرة قطء» (رواه أبو داود عن عائشة رضي الله عنهما).

ولكل ذلك كان العدل حقاً من حقوق الإنسان بلغ مرتبة

الفريضة الواجبة، وحقوق الإنسان لدى القضاء هي واجبات على القضاة والولاة.

عناصر المحاكمة العادلة

وأما حق الإنسان في محاكمة عادلة، فقد جمع عناصره ومقتضياته كتاب «الفاروق» عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى القاضي أبي موسى الأشعري، ونصه:

«أما بعد: فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة. فافهم إذا أدلى اليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له.

أما بين الناس في مجلس وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك، البينة على المدعي واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً.

«ومن ادعى حقاً غائباً أو بينة فاضرب له أمداً ينتهي إليه، فإن بينه أعطيته بحقه وإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية، فإن ذلك هو أبغى في العذر وأجلى للعلماء.

ولا يمنحك قضاء قضيت

كل تشريع حديث . وقد استنبطها عمر من كتاب الله وسنة رسوله وما هداه اليه صفاء قلبه ونقاء معدنه وفهمه لمعنى العدالة والظلم^(٤٣). وجاء فى كتاب النظم الاسلامية: كان عمر أول من عين قضاة فى الولايات الاسلامية ، وقد سئل لهم دمتموا ويسرون على هدية فى الاحكام . ويعتبر هذا الكتاب الذى بعث به عمر الى أبى موسى الأشعرى وغيره من القضاة، أساسا للقضاء فى الاسلام^(٤٤).

وقال جوستاف جروينباوم إن هذه الرسالة جمعت كل ما كان المسلمون يعنونونه المثل الأعلى فى تعريف شؤون القضاء وإجراءاته^(٤٥). وعندى أن هذه الرسالة إنما تقرر حقوقا للإنسان أمام القضاء، توجبها على القضاء ، فضلا عما فيها من آداب ومبادئ للإجراءات القضائية فى الاسلام.

وثمة نصوص أخرى تسجل للإنسان حقوقا فى موقفه أمام القضاء ، وتوجب هذه الحقوق على الوالى فى اختياره للقضاة وعلى القاضى فى الحكم بين الناس ، منها ما

رزقه وخزائن رحمته ، والسلام عليك ورحمة الله^(٤٦).

يقول الإمام ابن القيم: هذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول وينوا عليه أصول الحكم والشهادة، والحاكم (القاضى) والمفتى أحوج شئ اليه وإلى تأمله والتفقه فيه، ثم شرحه ابن القيم شرحاً وافياً فى جزئين من كتابه وأعلام الموقعين^(٤٧). ونقل ابن فرحون فى كتابه مبصرة الحكماء عن ابن سهل قوله: وهذه الرسالة أصل فيما تضمنته من فصول القضاء ومعانى الأحكام وعليها احتذى قضاة الاسلام وقد نكروا كثير من العلماء وصنّروا بها كتبهم^(٤٨). وقال الشيخ محمد الخضرى إن هذا الكتاب اتخذته جمهور من قضاة المبلمين أساسا لنظاماتهم القضائية، وهو جدير بذلك^(٤٩).

وقال الاسناذ حافظ سابق (النائب العام المصرى الأسبق) إن رسالة عمر بن الخطاب هذه تضمنت المبادئ الأساسية فى القضاء وطرق التقاضى وصفات القاضى وأدبه، وهى تصلح دستورا للقضاء فى كل عهد وزمن ، ويجب أن يقوم على أساسها

فيه اليوم فراجعت فيه رأيك ، فهيت فيه الى رشدك أن تراجع فيه الحق ، فإن الحق قديم لا يبطله شئ ، ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل.

والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجربا عليه شهادة زور أو مجلودا فى حد أو ظنينا فى ولاء أو قرابة ، فإن الله تعالى تولى من العباد السرائر وستر عليهم الحدود الا بالبينات والأيمان.

ثم الفهم الفهم فيما أدلى اليك مما ورد عليك مما ليس فى قرآن ولا سنة ، ثم قايس الأمور عند ذلك وأعرف الأمثال، ثم اعمد فيما ترى الى أحبها الى الله وأشبهها بالحق.

وأياك والغضب والقلق والضجر والتأذى بالناس والتنكر عند الخصومة (أو الخصوم) ، فإن القضاء فى مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر . فمن خلصت نيته فى الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس ، ومن تزين بما ليس فى نفسه شأنه الله ، فإن الله تعالى لا يقبل من العباد الا ما كان خالصا، فما ظنك بثواب عند الله فى عاجل

خبير^(٤٨)، ولقول رسول الله ﷺ في حجة الوداع : «أيتها الناس إن ربكم واحد وإن أباكم واحد كلكم لآدم وآدم من تراب . إن أكرمكم عند الله أتقاكم . لا فضل لعربي على أعجمي إلا بالقوى». ويحتل تاريخ الحضارة الإسلامية بتطبيقات مبهرة لا حصر لها لهذا المبدأ الذي يخضع له الأمراء مثلما يخضع المحكومون ويتمتع به المسلمون وغير المسلمين^(٤٩).

وفي الفقه المستورى أن المساواة تمثل حجر الزاوية لكل حقوق الإنسان ، وهى كذلك الضمانة الرئيسية والفعالة ليعيش الإنسان حياته كريمة^(٥٠)، وهى عنوان الكرامة الآدمية والإخاء العام بين كافة البشر . وحاجة المتقاضين إلى الشعور بها امام القاضى أشد من حاجة غيرهم . وقد بين كتاب عمر أن المساواة بين الناس فى مجلس القضاء وفى وجه القاضى وقضائه واجبة على القاضى حتى لا يطعم شريف فى حيفه ولا ييأس ضعيف من عدله . يقول الإمام ابن القيم تعليقا على ذلك من كتاب عمر : «إذا عدل الحاكم

جانبك وابتسط لهم وجهك وآمن بينهم فى اللحظة والنظرة حتى لا يطعم العظماء فى حيفك لهم ولا ييأس الضعفاء من عدلك عليهم^(٥١).

تشير النقول التى أوردها أنفا إلى ما يكفل حق الإنسان فى المحاكمة العادلة من ضمانات وموجبات ، ومنها واجب القاضى فى التسوية بين الخصمين ، وإفصاحه لحق الدفاع وإعماله لأصل البراءة (البينة على المدعى) ، وإجابه فى التثبت قبل الحكم ، فضلا عن واجب الوالى (السلطان أو الأمير أو الدولة الإسلامية) فى اختيار قضاة مجتهدين مستقلين يرعون حقوق المتقاضين فى العدالة والمساواة حق رعائتها . ونفصل القول فى هذه الموجبات أو الحقوق المتفرعة عن حق العدل والمحاكمة العادلة.

حق التسوية بين الخصوم

إن المساواة مبدأ عام وأساسى فى النظام الإسلامى ، لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ ، وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۚ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ، إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ

وَرَدٌ فِي كِتَابِ الْإِمَامِ عَلَى كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ إِلَى الْأَشْرَفِ النَّخَعِيِّ وَآلِهِ عَلَى مِصْر : ثُمَّ اخْتَارَ لِلْحُكْمِ بَيْنَ النَّاسِ أَفْضَلَ رَعِيَّتِكَ فِي نَفْسِكَ ، مِمَّنْ لَا تَضِيقُ بِهِ الْأُمُورَ وَلَا تَجْحَكُهُ الْخُصُومُ (أَيُّ لَا تَجْلِسُهُ مَخَاصِمُ الْخُصُومِ عَلَى اللَّجَاجِ وَالْإِصْرَارِ عَلَى رَأْيِهِ) وَلَا يَتِمَادَى فِي الزَّلَّةِ وَلَا يَحْصُرُ مِنَ الْقِيَاءِ إِلَى الْحَقِّ إِذَا عَرَفَهُ (أَيُّ لَا يَضِيقُ صَدْرَهُ عَنِ الرَّجُوعِ إِلَى الْحَقِّ) وَلَا تَشْرَفُ نَفْسُهُ عَلَى طَمَعٍ وَلَا يَكْتَفَى بِأَدْنَىٰ فَهْمٍ دُونَ أَقْصَاهُ ، وَأَوْفَقُهُمْ فِي الشُّبُهَاتِ وَأَخْذُهُمْ بِالْحَجَجِ ، وَأَقْلَهُهُمْ تَبَرُّمًا بِمَرَاجَعَةِ الْخُصْمِ ، وَأَصْبَرُهُمْ عَلَى تَكْشِيفِ الْأُمُورِ وَأَصْرَمُهُمْ عِنْدَ اتِّضَاحِ الْحُكْمِ ، مِمَّنْ لَا يَزِدُّهُ إِيْرَاءٌ وَلَا يَسْتَمِيلُهُ إِغْرَاءٌ ، وَأَوْلَنَكَ قَلِيلٌ ، ثُمَّ أَكْثَرُ تَعَاهَدِ قَضَائِهِ وَأَفْضَحْ لَهُ فِي الْبَذْلِ مَا يَزِيلُ عِلْتَهُ وَيَقْلُ مَعَهُ حَاجَتَهُ إِلَى النَّاسِ ، وَأَعْطِهِ مِنَ الْمَنْزِلَةِ لَدَيْكَ مَا لَا يَطْعَمُ فِيهِ غَيْرُهُ مِنْ خَاصَتِكَ لِیَأْمَنَ بِذَلِكَ اغْتِيَالَ الرِّجَالِ لَهُ عِنْدَكَ.....^(٥٢) .

وكان كرم الله وجهه قد كتب الى محمد بن أبى بكر حين قلده مصر أيضا بوصيه : «فاخفض لهم جناحك وألن لهم

(القاضي) في هذا بين الخصمين فهو عنوان عدله في الحكومة ، فتمنى خص أحد الخصمين بالدخول عليه أو القيام له أو بصدر المجلس والاقبال عليه والباشاثة له والنظر اليه كان عنوان حيفه وظلمه ، وفي تخصيص أحد الخصمين بمجلس أو إقبال أو إكرام مفسدان: أحداهما طمعه في أن تكون الحكومة (أى الحكم أو الفصل فى القضية) له فيقرى قلبه وجنانه ، والثانية أن الآخر ييأس من عدله ويضعف قلبه وتتكسر حجته^(٥٦)، وإذا كان من مقتضى المساواة التصوية بين الخصوم حتى فى اللحظة والنظرة فى مجلس القضاء، فإن من مقتضاه كذلك ترتيب نظر القضايا حسب أولوية حضور الخصوم . ولا يجوز للقاضى أن يقدم نظر دعوى فى غير دورها لحسب خصم أو دينه أو جنسه أو لغير ذلك ، إلا فى حالتين ، أولاهما: أن يكون أحد الخصوم غريبا عن البلد محل دار القضاء حتى لا يقلق ويترك حقه (كما ورد فى كتاب عمر لأبى عبيدة).

والثانية: جواز تقديم القضية التى حضر شهودها لأن تأخيرها قد يلحق ضررا

بالشهود . والقاعدة أنه «ولا يضار كاتب ولا شهيد»^(٥٧). وفى الحديث الشريف : «أكرموا الشهود فإن الله تعالى يستخرج بهم الحقوق ويدفع بهم الظلم»^(٥٨).

حق الدفاع وضماناته:

لن ولاية القاضى مقصودها إيصال الحقوق إلى أربابها، فيتعين عليه أن يوضح صدره للدفاع لكل من الخصوم على سواء، دون غضب ولا قلق ولا ضجر ولا تأذ إلى آخر ما نهى عنه القاضى فى الاسلام . فإن حق الدفاع حق أصيل ينشأ منذ اللحظة التى يواجه فيها الشخص بالاتهام ، ويقصد بهذا الحق تمكين الشخص من درء الاتهام عن نفسه إما بإثبات نضاد دليله أو بإقامة الدليل على نقيضه وهو البراءة ، والاتهام بطبيعته يقتضى الدفاع فهو ضرورة منطقية له. فهو من المسملمات فى الشريعة الاسلامية لأنه من لوازم الاتهام ، وفى حديث الرسول ﷺ لعلى بن أبى طالب كرم الله وجهه : إذا أتاك الخصمان فلا تقضين لأحدهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى يتبين لك القضاء، وتعلم لمن الحق»^(٥٩)، وفى كتاب

عمر لأبى عبيدة رضى الله عنهما «إذا حضرك الخصمان فعليك بالبينات العنول والايامن القاطعة، ثم اذن للضعيف حتى تبسط لسانه يجترئ قلبه»^(٦٠) وفى نصيحة الخليفة عمر بن عبد العزيز الى بعض القضاة قوله : «إذا أتاك الخصم وقد فقلت عينه فلا تحكم له حتى يأتى خصمه قلعه قد فقلت عيناه جميعاء . والرأى متفق فى الفقه الاسلامى على أن تمكين المتهم من الدفاع عن نفسه هو من الشرع فلا يجوز لأى سبب حرمان المتهم من هذا الحق. وفقهاء الشريعة متفقون على أن إعلام المدعى عليه بما يطلب خصمه الحكم به عليه واجب ليمارس المتهم حقه فى الدفاع عن نفسه ، وذلك فى الدعاوى المدنية ودعاوى الأحوال الشخصية، فهو أوجب فى الدعاوى الجنائية»^(٦١).

وبشروط أن يكون المتهم قادرا للدفاع عن نفسه فإن كان عاجزا عن ذلك لم تصح ادانته لأن العجز عن الدفاع كالحرمان منه. وقد بلغ تشدد فقهاء الشريعة فى ذلك ما لم يبلغه المعاصرون من فقهاء القانون الوضعى. فالأحناف

يمنعون عقاب الاخرس في الجرائم الخطيرة ولو اكتمل نصاب الشهادة ضده، وحثهم أنه لو كان ناطقاً فربما ادعى شبهة تدرأ الحد عنه لأنه لا يقدر على إظهار كل ما في نفسه بالإشارة، فلو أقيم عليه الحد لم يكن ذلك عدلاً، لتمكن الشبهة^(٥٨).

وقد ورد في المبادئ الأساسية للدولة الإسلامية^(٥٩) أنه لا يعاقب أحد على ذنب أو جريمة الا بعد أن يسمح له بالدفاع عن نفسه وتُحكم عليه المحكمة.

المحاماة جائزة شرعاً

ذهب رأى إلى إلغاء حرفة المحاماة بحجة أنها أكبر معائب النظام الحاضر للمحكمة، ولا يمكن أن تقال أية كلمة في تبرير بقائها من الوجهة الخلقية، وأنها مما يابى مزاج الإسلام وجوده إياه شديداً^(٦٠). وناصر هذا الرأي آخر^(٦١) بقوله: إن النيابة في دفع الحد وجلب الحماية للمتهم أمر لا تقره الشريعة، وإن وكيل الخصومة شفيع ولا شفاعة في الحدود، ولا يسمح الإسلام بالدفاع واختراع الحيل لدفع الحد. وإن المحاماة حرفة مراوغة لا يباح

احترافها ولا تجيزها أصول الشريعة ولا تتفق مع مصالح العباد، وإن أجر المحامى هو للنزاع والشجار وإغاطلة المبلم على أخيه المبلم.

والصحيح أن المحاماة أو الوكالة بالخصومة هي في حقيقتها مهنة دفاع عن الحق، وبغير مساعدة المحامين قد يغم الأمر على القضاء وتضيع حقوق الناس. فالمحاماة جائزة في كل القضايا بل واجبة في الخطير منها لا على أنها شفاعة، إنما لأنها تساعد لقاضى في تبين وجه الحق في كل أطراف الموضوع. وقد لا يلم للمتهم بشروط العقاب وأحكامه الشرعية فلا بد له من مدافع يساعده في بيان وجه الحق، وقد ثبتت المحامى خطأ الادعاء بما يسقط الحد شرعاً، وهذا من عدل الشريعة الإسلامية وضمانات القضاء في الإسلام. فإن من أهم حقوق الإنسان حقه في الدفاع عن نفسه سواء بنفسه أو بوكيل عنه^(٦٢). وحاجة الناس إلى وكلاء الخصومة والمحامين لا تنكر، وليس كل الناس يستطيعون الدفاع عن أنفسهم. فأجاز الفقهاء التوكيل بالخصومة لحاجة الناس إليها واستنادا

لبعض الآثار التي تفيد حصوله في عصر الصحابة. روى البيهقي عن عبد الله بن جعفر: فكان على - كرم الله وجهه - يكره الخصومة فكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبى طالب، فلما كبر وكنى^(٦٣). بيد أنه لا يجوز لوكيل الخصومة أو المحامى أن يدافع عن المبتل للحديث: «من أعان على خصومة بظلم فقد باء بغضب من الله». ولا يجوز لأحد أن يخاصم عن غير في إثبات حق أو نفيه وهو غير عالم بحقيقة أمره، وكذلك لو ظن ظلم موكله لم يجز له أن يتوكل عنه إجراء لظن مجرى العلم^(٦٤).

وفي الحديث الشريف: «إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي، فعمل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له بنحو ما أسمع منه، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه» (رواه البخارى ومسلم وأصحاب السنن)^(٦٥). وقد رأى البعض في هذا الحديث إشارة إلى جواز استعانة العلى بمن يحسن بسط حجته والمضطرب بمن هو أثبت منه نفساً واصفى فكراً ليواجه خصمه ويفند حججه ويعصم القاضى من

بمقعد ومادة لا يشاركه غيره
فيهما ولكن جلوسه في صدر
مجلسه ليعرفه الداخل عليه
ببديه النظر^(٧١).

تسجيل الدعوى وتكوين الأحكام

ومما يكفل حقوق الإنسان
التقاضى كذلك ما عرفته
الحضارة الاسلامية في نظام
القضاء من ضرورة تدوين
الاحكام دفعا للكران، فضلا
عن تدوين محضر، وسجل
يتضمن حكاية الحال والحكم
الصادر فيها واجراءات نظرها
وتاريخ الحكم والتنفيذ، ويكون
السجل من نمطتين عليهما
علامة القاضي بخطه (توقيعه)
تسلم إحداهما للمحكوم له
وتوضع الأخرى في ديوانه
للحاجة^(٧٢). وتحفل كتب آداب
القاضي بتفاصيل مفيدة في هذا
الشان^(٧٣).

الحق في إعمال أصل البراءة

ومما ييسر حق الدفاع على
الإنسان في الاسلام احترام
القاعدة الاسلامية التي تقرر أن
للأصل براءة الذمة، فعلى
القاضي إعمالها فيما يطرح
عليه من خصومات ودعاوى،
وذلك لقول الرسول
ﷺ: «البينة على المدعى»
ولزوم اشتراط اليقين في

يعرف لسان الأعجمي فلا
يحتاج الى ترجمان، ورأى
الأحناف والمالكية أن الترجمة
خير لا يتطلب عدداً
(كالشهادة)، وأن المترجم
مخير فتقبل فيها ترجمة الواحد
إذا كان عدلاً، لذلك جازت
ترجمة الأعمى وإن لم تقبل
شهادته، فلا يشترط فيها ما
يشترط في الشهادة^(٧٤).

علنية جلسات القضاة وتيسير الوصول اليها

ومما يتصل بضمان حق
الإنسان في الدفاع، توفر العلنية
في مجلس القضاء ومسهولة
للجوء اليه. يقول آدم ميتز في
كتاب الحضارة الاسلامية:
كانت جلسات القضاة علنية،
وكان القاضي يجلس في مكان
لا يمنع واحد من الدخول اليه،
وهو المسجد الجامع، أو مجلس
يشرف على الطريق^(٧٥).

وذهب الامام الشافعي الى
ضرورة القضاء في موضع
بارز للناس بدرجة لا تحوج
الخصوم الى الاستئذان على
القاضي وأن يكون المكان
فضيحاً ترتاح فيه النفوس ولا
يسرع فيه الممل، فخير
المجالس ما سافر فيه البصر
واتسع فيه الجسد، ويجب أن
يختص القاضي في المجلس

الحكم الباطل ويعينه على
تحقيق رسالته وهي الكشف
عن الحقيقة وامضاء
العدل^(٧٦).

وفي الحديث الشريف: من
تقدم أمة لا يؤخذ للضعيف
فيها حقه من القوى غير
متعم^(٧٧) أى غير متردد
بسبب الخوف أو العجز عن
الدفاع.

وهكذا صرح الفقهاء بجواز
التوكيل في الخصومة ولم
يقصروا الحكم على الخصومة
المدنية وحدها بل صرفوه
كذلك الى الخصومة الجنائية.
فقصوا على جواز الوكالة في
اثبات الاتهام سواء تعلق بحد
أو قصاص أو تعزير، وهو ما
يقضى اجازة الوكالة في درء
الاتهام من باب أولى، لأن
الحاجة الى الوكالة في الدراء
أمن لما يعترى المتهم من عى
أو اضطراب يعجزه عن
إحسان الدفاع عن نفسه، ومن
الواجب التيسير على المتهم بل
التوسعة في مقام الدفاع^(٧٨).

حق اتخاذ مترجم للدفاع

ومما ييسر الوفاء للإنسان
بحق الدفاع ما أجازته الفقهاء
للقاضي أن يتخذ مترجماً إذا
كان أحد الخصوم لا يعرف
العربية، فإذا كان القاضي

الاثبات الجنائي لقاعدة أن اليقين لا يزول بالشك، ولدرء الحدود بالشبهات^(٧٤)، فمن أدلة الفقه أن لا يرفع يمين بشك، ومما يبنى على هذه القاعدة أن المدعى عليه في باب الدعاوى لا يطالب بحجة على براءة نمته بل القول في الانتكار قوله بيمينه^(٧٥) والحديث الشريف: «أروا الحدود بالشبهات ما استطعتم، والخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة»^(٧٦).

ويقول المساوردي إن للجرائم عند التهمة حال استبراء تقتضيه السياسة الدينية ولها عند ثبوتها وصحتها حال استيفاء توجيه الأحكام الشرعية^(٧٧).

وجوب التثبت والتحقيق قبل الحكم

ومن حق الإنسان على القضاء ألا يدينه بالحكم عليه قبل سماع دفاعه وتحقيق الألة المقامة ضده والتثبت من صحة ما أسند إليه، وهذا الحق من أوجب الوجبات على القاضى ولا ينفك عن احترام حق الدفاع واحترام أصل البراءة المشار إليهما أنفاً. وفي ذلك تفصيل واسع في

كتب الفقه وآداب القضاء والأصل فيه قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوماً بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين﴾^(٧٨). وقوله: ﴿وإذا ضربتم في سبيل الله فتبينوا ولا تقولوا لمن ألقى اليك السلام لست مؤمناً﴾^(٧٩).

قال للشافعي رضى الله عنه (٢٠٤ هـ) في كتاب أحكام القرآن^(٨٠) تفسيراً لذلك في باب القضايا والشهادات: «إن الله جل ثناؤه أمر من يمضى أمره على أحد من عباد الله أن يكون مستثبناً قبل أن يمضيه، ثم أمر في الحكم خاصة أن لا يحكم الحاكم (القاضى) وهو غضبان لأن الغضب مخوف على أمرين: أحدهما قلة التثبت، والآخر أن الغضب قد يتغير معه العقل ويتقدم به صاحبه على ما لم يكن يتقدم عليه لو لم يغضب».

وفي الحديث: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» (رواه الترمذى عن ابن عباس^(٨١)). ولأن الظن لا يغنى من الحق شيئاً، يقول الرسول عليه الصلاة

والسلام: «الظن يخطئ ويصيب»، وإياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث^(٨٢).

ومن أصول التثبت والتبين الواجبين حتى عند الإقرار بالدعوى ما ورد في سنة الرسول ﷺ، فقد جاء رجل يعترف بالزنا ويكرر اعترافه، فسأل ﷺ: هل به جنون أو هو شارب خمر؟ وأمر من يشم رائحته لاستكناه ذلك، وجعل يستنصره عن الزنا فقال له: «لعلك قيلت أو غمزت، وفي رواية هل صاحبها؟ قال: نعم. قال: فهل باشرتها؟ قال: نعم. قال: هل جامعتها؟ قال: نعم. وفي حديث ابن عباس (أواقعها؟) قال: نعم. قال: دخل ذلك منك في ذلك منها؟ قال: نعم. قال: كما يغيب المرود في المكحلة والرشاء في البئر؟ قال: نعم. قال: أتدرى ما الزنا؟ قال: نعم. أتيت منها حراماً ما يأتي الرجل من أمراته حلالاً. قال: فما تريد بهذا القول؟ قال: تطهرنى. فأمر به فرجم. وهكذا يلزم القاضى أن يناقش المقرر في إقراره بل يندب له أن يلتزم الرجوع عن الإقرار وخاصة فى جرائم الحدود^(٨٣).

ويجب على القاضى التثبت

من عدالة الشهود كذلك، وقد عرف قضاة الاسلام معاونا للقاضى يسمى فصاحب المسائل، يسأل عن الشهود ويحرى عن عدالتهم كما ذكر آدم ميتز^(٨٤). أما شهادة الشخص المجهول فلا تقبل فى مجلس القضاء، شهد عند عمر رضى الله عنه رجل، فقال له عمر: لست أعرفك، ولا يضرك ألا أعرفك، أنت بمن يعرفك، فقال رجل من القوم: أنا أعرفه. قال عمر: بأى شيء تعرفه؟ قال: بالعدالة والفضل. قال: هو جارك الأدنى الذى تعرف ليله ونهاره ومخله ومخرجه؟ قال: لا. قال: فعاملته بالدينار والدرهم للذين يستدل بهما على الورع؟ قال: لا. قال: فرافقتك فى السفر الذى يستدل به على مكارم الأخلاق. قال: لا. قال: فلمت تعرفه. ثم قال للرجل: أنت بمن يعرفك^(٨٥).

وهذا التثبت فى القضاء واستقصاء الأدلة قبل الحكم من شأنه أن ينفى شهادة الزور. وقد كان من ضمانات الحق فى القضاء الصحيح تجريم شهادة الزور واعتبارها من أكبر الكبائر لقوله تعالى: ﴿واجتنبوا قول الزور﴾^(٨٦).

تفسير الطعن فى الاحكام ونقضها

ومما يكمل ضمان حق الدفاع وصحة الأحكام ويضمن من ثم وصول الحقوق الى أصحابها وهو مهمة القضاء، أنه يجب الرجوع الى الحق كلما تبين، وقد ورد فى كتاب عمر: «لا يمنع قضاء قضيت فيه اليوم فرأجت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قديم لا يبطله شيء، ومراجعة الحق خير من التصادى فى الباطل»^(٨٧).

وقد أجمع فقهاء المسلمين على أن الحكم الخطأ يستوجب الالغاء بما يتفق ولحكم الشريعة الغراء، ويطلق على هذا الالغاء النقض بمعنى الإبطال أو الحل. وهذا النقض يجوز للقاضى نفسه الذى أصدر الحكم عندما يتبين وجه الخطأ فيه كما يجوز لغيره من القضاء. وهو إلغاء وجوبى يلتزم به القاضى عندما يستيقن البعد عن الحق فى قضائه ويفهم من ذلك أنه خلاف طريق الطعن بالنقض المعروف فى القانون الوضعى والذى يقصد به تقويم الاعوجاج القانونى فى الحكم المطعون وتوحيد فهم القضاء

للقانون. كما يفهم من كتب الفقه الاسلامى أن طريق الطعن فى الأحكام طريق واحد فى الشريعة الاسلامية يسمى نقضاء يستهدف إلغاء الحكم ليتلام مع أحكامها، وهو طريق ليست له إجراءات معينة ولا يتقيد بمواعيد محددة، يضاف الى ذلك أن القاضى يلتزم - طبقاً لأحكام الشريعة - بإلغاء الحكم بدون طلب من ذوى الشأن أى بلا طعن متى استبان له وجه الخطأ فيه. فالشريعة الغراء تهدف الى إقرار العدل ولا شيء يحول دون ذلك فى نظرها^(٨٨).

حق الإنسان فى وجود قاض مستقل

إن الضمانة الأم لكافة حقوق الإنسان أمام القضاء تتحصل فى وجوب أن يوجد فى كل وقت قاض مجتهد ومستقل يلجأ اليه المتقاضون فيجدون فى مجلسه المساواة وفى فضائه التثبت والاجتهاد للوصول الى معرفة الحق والحكم به.

ولذا كان من أوجب الواجبات على الحاكم المسلم حين يختار قضائه أن يختارهم من أفضل الرعية، على

الشروط التي وردت في كتاب الإمام على رضى الله عنه الى واليه في مصر، وأن يحترم ولايته في القضاء وهي ولاية دينية، فيكفل للقاضي تمام الاستقلال والإجلال. وقد قال عمر بن الخطاب: ما من أمير استنقى قاضيا محاباة إلا كان عليه نصف ما اكتسب من الإثم، وإن استقصاه لمصلحة المسلمين كان شريكه فيما عمل من طاعة الله تعالى ولم يكن عليه شيء مما عمل من معصية^(٩١).

وكان من أوجب الواجبات على القاضي أن يجتهد في معرفة أسرار التشريع وأحكامه لا يقلد غيره في تفسير أو تأويل^(٩٢). وجمهور الفقهاء على أنه يشترط في القاضي أهلية الاجتهاد بالقدرة على استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية، وقال أبو يعلى: ممن لم يكن من أهل الاجتهاد لم يجز له أن يفتي ولا يقضى، وإن قلد القضاء كان حكمه باطلا وإن وافق الصواب لعدم الشرط^(٩٣). وشرط الأحناف أن لا يولى القضاء إلا الموثوق في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه، ولا يولى

صاحب رأى ليس له علم بالسنّة والأحاديث، ولا صاحب حديث ليس له علم بالفقه^(٩٤).

تقرير مسؤولية القضاة عن أعمالهم

ومن ضمانات هذا الحق ذاته - حق الإنسان في وجود قاض مجتهد مثبّت مستقل - أن الشريعة الإسلامية أوجبت تعاهد قضاائه، أى أوجبت كثرة مراجعة أعماله وفحصها، وأوجبت الإفصاح له في البذل بما يزيل علته وتقل معه حاجته الى الناس، على نحو ما ورد في كتاب الإمام على الى واليه في مصر.

وكان القضاة في الاسلام يتمتعون برفع المنزلة وعظيم الهبة - كما يقول آدم ميتز وجوستاف جروينباوم^(٩٥). وينكر أبو يعلى أن الإمام متى ولى القاضي صار ناظرا للمسلمين، لا عمن ولاه، فيكون - أى القاضي - فى حكم الإمام فى كل بلد^(٩٦).

مع ذلك، فقد كان من الجائز الاعتراض على تشكيل المحكمة أو اختيار قاض بعينه للفصل فى الدعوى^(٩٧). وقررت الشريعة مسؤولية القاضى عما يقع منه من

أخطاء فى حكمه. وتختلف المسؤولية باختلاف الخطأ الذى وقع من القاضى. فإذا كان المقضى به حقا من حقوق الله تعالى كالحقوق وتمدد القاضى الجور، فإنه يضمن فى ماله ويعزر ويعزل. وإذا كان الخطأ غير عمد ونفذ الحكم، فإن الضمان يكون فى بيت مال المسلمين لأن القاضى فى الاسلام يستمد ولايته من عامة المسلمين^(٩٨) الذين بايعوا ولى الأمر الذى عينه، بالولاية. فإن تدارك حكمه قبل تنفيذه نقض ولا ضمان. فإذا كان المقضى به حقا من حقوق العباد وظهر أنه على خلاف الحقيقة نقض الحكم إذا لم يكن قد نفذ، فإذا ظهر ذلك بعد تنفيذه وجبته التفرقة بين ما إذا كان المقضى به مالا أو غير ذلك^(٩٩)، أى أن مسؤولية القضاة تبلغ حد التعزير والعزل والضمنان فى أموالهم.

- (١) أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذا الإعلان في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ وصدر في ثلاثين مادة ودعت ديباجته كل فرد وهيئة إلى توطيد احترام الحقوق والحريات التي نادى بها عن طريق التعليم والتربية واتخاذ اجراءات مطردة لضمان الاعتراف بها ومراعاتها بصورة عالمية فعالة.
- (٢) ميران الأصول في نتائج العقول المختصرة للمسرقندي المتوفى ٥٣٩ هـ ، تحقيق المستشار الدكتور محمد زكي عبد البر ١٩٨٤ ، الدوحة ، ص ٢٤ وما بعدها.
- (٣) مدخل البيان الاسلامي لحقوق الانسان، منشور في كتاب المستشار الدكتور على جريشة «حرمات لا حقوق» دار الاعتصام بمصر، ١٩٨٧ ، ص ٩٤.
- (٤) المصدر السابق.
- (٥) د. محمد عمارة: الإسلام وحقوق الانسان، سلسلة عالم المعرفة، الكويت ص ١١، ١٥، ١٤٠، ١٤٢.
- (٦) د. على جريشة في المصدر المشار اليه، ص ٣٠ وما بعدها.
- (٧) المصدر السابق، ص ٣٢.
- (٨) د. محمد عمارة: العزو للفكر، كتاب صادر عن الأزهر الشريف ١٩٨٨ في سلسلة قضايا اسلامية معاصرة، ص ١٢٩ ، ١٣٢.
- (٩) د. على جريشة في المرجع المشار اليه، ص ٤٢ وما بعدها.
- (١٠) سورة النساء، الآية ٥٩.
- (١١) سورة المائدة، الآية ٤٩.
- (١٢) سورة النساء، الآية ١٤٨.
- (١٣) رواه الشيخان والترمذي.
- (١٤) رواه الشيخان.
- (١٥) رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي.
- (١٦) رواه الخمسة.
- (١٧) رواه أبو داود والترمذي بسند حسن، وانظر كتاب قضية رسول الله ﷺ لأبي عبد الله محمد بن فرج القرطبي المتوفى ٤٩٧ هـ دار الوعي بحلب، ص ١٠٤.
- (١٨) رواه الشيخان.
- (١٩) سورة الامراء، الآية ١٥. وانظر كتاب الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي للشيخ محمد أبو رهرة ، دار الفكر العربي، ص ١٧٣ فقرة ١٩٢، والقاعدة أنه لا تكليف قبل ورود الشرع ، وأن الأصل

في الأتياء الإباحة . وانظر د. محمد سليم العوا : أصول النظام الجنائي الإسلامي ، دار المعارف بمصر ، ط ٣ ، ص ٥٩ .

(٢٠) سورة الحجرات، الآية ٦ .

(٢١) سورة النجم، الآية ٥٢٨ .

(٢٢) سورة البقرة، الآية ٢٢٩ .

(٢٣) رواه البيهقي والحاكم بمسند صحيح .

(٢٤) سورة الاسراء، الآية ١٥ .

(٢٥) سورة الطور ، الآية ٢١ .

(٢٦) سورة يوسف، الآية ٧٩ . وراجع نظرية العقاب في الفقه الاسلامي للدكتور عوض محمد عوض، دراسات إسلامية (١٩٨٥) لمجمع البحوث الإسلامية بإسلام آباد بالباكستان، ج ٣، مجلد ٢٠ .

(٢٧) راجع البيان الاسلام العالمي في كتاب د. جريشة ص ١٠٠ - ١٠٣ .

(٢٨) د. محمود الشرفاوى ، العبد في الاسلام، مجلة الوعي الاسلامي، ٢٥٩، للكوييت، ص ٥١ .

(٢٩) رواه البخارى .

(٣٠) رواه مسلم والنسائي وابن حنبل .

(٣١) سورة النساء، الآية ٥٨ .

(٣٢) سورة المائدة، الآية ٨ .

(٣٣) سورة الأنعام ، الآية ١٥٢ .

(٣٤) د. محمد عمارة: الاسلام وحقوق الانسان، ص ٦٠ .

(٣٥) رواه مسلم وابن حنبل .

(٣٦) سورة النساء، الآية ٤٠ .

(٣٧) سورة الزمر، الآية ٤٧ .

(٣٨) مجموع الفتاوى لابن تيمية، ج ٣٤، ص ١٧٣ .

(٣٩) النص كما ورد في اعلام الموقعين لابن القيم (متوفى ٧٥١ هـ)، ج ١، ص ٨٥ (بيروت).

(٤٠) المرجع السابق ص ٨٦ وما بعدها .

(٤١) تاريخ القضاء في الاسلام لمحمود عرناوس، المطبعة المصرية الأهلية بالقاهرة، ص ١٤ .

- (٤٢) تاريخ الأمم الإسلامية، المكتبة التجارية ١٩٦٩، ج ٢، ص ١١.
- (٤٣) نظرة عامة في القضاء (المحاماة، المنة ٤٠، ص ١١٠، مشار إليه في أصول المرافعات الشرعية للأستاذ أنور العمروسي، ط ٢، ص ٢٤).
- (٤٤) طبعة ١٩٤٩ بالمطبعة الأميرية للأستاذ حسن إبراهيم حسن وآخرين، ص ٥٥.
- (٤٥) نظام الحكم في الإسلام بأفلام فلاسفة التنصاري للأستاذ عبد المنعم الجبري، مكتبة وهبة، ١٩٨٤، ص ٩٨.
- (٤٦) نهج البلاغة من كلام أمير المؤمنين علي بن أبي طالب، شرح الإمام محمد عبده، كتاب الشعب، ص ٣٣٩ - ٣٤٠.
- (٤٧) نهج البلاغة، ص ٣١٠.
- (٤٨) سورة الحجرات، الآية ١٣.
- (٤٩) انظر بعضها في مبدأ المساواة في النظام الإسلامي للكتور محمد الشافعي أبو راس، ١٩٨٥، ص ١٤٠ وما بعدها، وأيضا ص ١٢٥.
- (٥٠) المرجع السابق، ص ٧.
- (٥١) أعلام الموقعين، المشار إليه، ج ١، ص ٨٩.
- (٥٢) تاريخ الأمم الإسلامية لمحمد الخضري، ج ٢، ص ٩.
- (٥٣) سورة البقرة، الآية ٢٨٢.
- (٥٤) د. أبو راس، ص ١٤٥.
- (٥٥) د. عوض محمد عوض: دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، ١٩٨٣، ط ٢، دار البحوث العلمية بالكويت، ص ١٠٥ و ١٠٩ والحديث أخرجه الحاكم وأبو داود وأحمد.
- (٥٦) الفراج للقاظمي أبي يوسف (متوفى ١٨٢ هـ) المطبعة المطبعة، مصر، ط ٤، ص ١٢٦.
- (٥٧ و ٥٨) د. عوض، ص ١١٠.
- (٥٩) التي أقرها مؤتمر العلماء في كراتشي ١٣٧٠ هـ. المبدأ منشور بكتاب نظرية الإسلام وهدية للمودودي، دار الفكر، ص ٣٧٣.
- (٦٠) المودودي، ص ٢١٩.
- (٦١) د. أبو سليم خاتم حسين، مجلة الأمة (فطر) العدد ٣٤، ص ١٧ وما بعدها.
- (٦٢) د. عبد الله رشوان في الرد على د. أبو سليم في مجلة الأمة، العدد ٣٨.

هوامش

- (٦٣) القاضي عبد القادر العماري بالمحكمة الشرعية بقطر، في مجلة الأمة، العدد ٣٧، ص ٣٣.
- (٦٤) القاضي عبد القادر العماري، وأشار إلى «كشاف القناع».
- (٦٥) فقه السنة للشيخ السيد سابق، بيروت ج ٣، ص ٣١٥.
- (٦٦) د. عوض، دراسات في الفقه الجنائي ص ١١١، والاسناد عبد المتعال الصعدي (توجيهات نبوية، مكتبة الأناب، ج ١، ص ٢٥٠).
- (٦٧) رواه ابن ماجه في سننه، وورد الحديث في كتاب الامام علي بن أبي طالب الى واليه الأشر النخعي.
- (٦٨) د. عوض، ص ١١٢، ١١٤.
- (٦٩) المبسوط للرخمي، ج ١٦، ص ٨٩. ومختصر خليل، ص ٢٠٨، نقلا عن د. عبد العزيز بديوي (التضاء في الاسلام وحماية الحقوق) دار الفكر العربي، ١٩٨٠، ص ٢٨.
- (٧٠) آدم ميلز، ج ١، ص ٣٧٠ وما بعدها (الجبري في نظام الحكم في الاسلام، ص ١٠٤، ١٠٦)، غرنوس ص ١٣٧.
- (٧١) أدب القاضي للماوردي بتحقيق د. محيي المرحان، بغداد، ١٩٧٢، ج ٢، ص ١٩٦ و ٢٤٣ (د. بديوي، ص ٤٨ وما بعدها).
- (٧٢) د. بديوي، ص ٧٦، أشار الى معين الحكام ص ٤٢ ومراجع أخرى.
- (٧٣) منها كتاب أدب القاضي للماوردي، وأدب القاضي للغصاف بتعليق الجصاص.
- (٧٤) د. محمد سليم العوا، ص ٩٩، ١٠٢.
- (٧٥) شرح للتركيب المنير في أصول الفقه لابن النجار (متوفى ٩٧٢ هـ) تحقيق د. الزحيلي ونزيه حماد، ١٩٨٧، مجلد ٤، مطبوعات جامعة أم القرى، ص ٤٣٩ و ٤٤٢.
- (٧٦) الخراج لأبي يوسف ص ١٦٤.
- (٧٧) الأحكام السلطانية، ط ٣، ٢١٩.
- (٧٨) سورة الحجرات، الآية ٦.
- (٧٩) سورة النساء، الآية ٩٤.
- (٨٠) جمعه البيهقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج ٢، ص ١١٩.
- (٨١) جمع الفتاوى للإمام محمد بن سليمان، دار الاصفهاني للطباعة، جدة، ص ٢٦٠.
- (٨٢) إسنادها صحيح والثاني رواه الشيخان. انظر كتاب التوبيخ والتنبيه للإمام أبي الشيع (٣٦٩ هـ).

تحقيق مجدى السيد، ص ٧٤.

(٨٣) أحكام الحدود في الشريعة الإسلامية محمود فؤاد جاد الله، مصر، ١٩٨٤، ص ١٥٩. وانظر مجموع الفتاوى لابن تيمية، ج ٣٧، ص ٣٧٧ و ٣٧٦.

(٨٤) آدم ميتز، ج ١، ص ٣٧٤ (الجبرى ص ١٠٩).

(٨٥) اللواء الإسلامى، المنة ٧، العدد ٣٣، ص ١٤.

(٨٦) سورة الحج، الآية ٣٠.

(٨٧) وانظر عرنوس ص ٢٨ إذ يقول: «إن قضاء القاضى لا ينقض فإذا قضى القاضى المجتهد فى حادثة برأى أداه إليه اجتهداه ثم رُفعت اليه حادثة مماثلة لها وكان قد رأى غير الرأى الأول فإنه يقضى بالرأى الثانى ولا ينقض القضاء الأول لأنه بنى على اجتهد صحيح ولا يجوز لقاض آخر نقضه. وهذا شبيهه بمبدأ حجية الأمر المقتضى فى المرافعات الوضعية.

(٨٨) د. بدوي: القضاء فى الإسلام، ص ٨٠ - ٨٣. وأشار إلى المختصر، ج ٣، ص ٢٠١، الأم، ج ٤، ص ٨٣، منن البيهقى، ج ٦، ص ٣٦٤.

(٨٩) محمود عرنوس، ص ١٦.

(٩٠) محمد الخضرى، ج ٢، ص ١٠.

(٩١) د. فؤاد عبد المنعم، حكم الإسلام فى القضاء الشعبى، ١٩٧٣، ص ٥٢. وأشار إلى الأحكام السلطانية لأبى بعلى (متوفى ٤٥٨ هـ) ص ٤٦.

(٩٢) الطحارى (المتوفى ٣٢١ هـ) «المختصر» ص ٣٣٤ وابن عابدين «رد المختار» ج ٤، ص ٤٢٣.

(٩٣) ميتز: الحضارة الإسلامية ص ٣٥٤، وجرويلوم: فى حضارة الإسلام ص ٢٣١.

(٩٤) الأحكام السلطانية، ص ٥٣.

(٩٥) ميتز ص ٣٧٠.

(٩٦) فى إيراز هذا المعنى أبو زهرة: الجريمة، ص ٢٣٢، فقرة ٣٥٢.

(٩٧) د. بدوي: القضاء فى الإسلام ص ٨٢ مسترشداً بكشاف القناع، ج ٤، ص ٢٨٢، المنوقى على الشرح الكبير، ج ٤، ص ١٥٤، بدائع الصنائع، ج ٧، ص ١٦، المفتى، ج ٩، ص ٥٧، بدالية المجتهد، ج ٣، ص ٥١٤.

اندماج الشركات من الناحية القانونية والاجرائية

السيد الأستاذ/ عبد المحسن محمد طلق
المحامى بالنقض

يوجد بشأنها نص فى القانون التجارى أو غيره من التشريعات المنظمة للشركات التجارية.

وقد عبرت المادة ١٩ من القانون التجارى عن ذلك حيث تناولت الشركات التجارية بقولها وتقع فى هذه الشركات الأصول العهرمية المبينة فى القانون المدنى والشروط المتفق عليها بين الشركاء والقواعد الآتية:

(المواد من ٩ الى ٦٥ من القانون التجارى).

ويتضح من أحكام هذه المواد الاطار العام لأحكام الشركات والتي يمكن من خلالها إبراز كنه الشخصية الاعتبارية للشركة على الوجه الآتى:

أولاً: أحكام المادة ٥٠٦ فقرة أولى من القانون المدنى

تقضى أحكام المادة ٥٠٦

ماهية الشخصية الاعتبارية للشركة

إذا كان الفقه والقضاء مستقرين على أن الأحكام الخاصة بالشركات قد وردت فى القانون المدنى والقانون التجارى بالإضافة الى بعض القوانين الخاصة. فقد بين القانون المدنى القواعد الخاصة بالشركات على وجه العموم والشركات المدنية على وجه الخصوص - ونص عليها فى المواد من ٥٠٥ الى ٥٢٧ منه حيث تناول فيها الأحكام العامة للشركات وأركان عقد الشركة وإدارتها وأثارها فيما بين الشركاء وبالتمنية للغير، وطرق انقائها وتصفيها وقسمتها.

ولا تقتصر تطبيق تلك القواعد على الشركات المدنية فحسب بل تشمل الشركات التجارية أيضاً حيث يطبق القانون المدنى على الشركات التجارية فى الأحوال التى لا

اندماج الشركات من الناحية القانونية

يأخذ اندماج الشركات إحدى صورتين:

الصورة الأولى: فناء شركة فى أخرى قائمة.

الصورة الثانية: فناء شركتين أو أكثر فى شركة جديدة.

ولايضاح كل صورة من هذه الصور من الناحية القانونية نبدأ ببعض الأحكام القانونية للشركات. وقد وردت الأحكام الخاصة بالشركات فى القانون المدنى والقانون التجارى وبعض القوانين الخاصة.

ولعل أول ما يستلزم البحث فى موضوع اندماج الشركات من الناحية القانونية هو موضوع الشخصية الاعتبارية للشركة.

قرة اولى مدنى بأن تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا اعتباريا ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر التى يقررها القانون - وعلى ذلك للغير إذا لم تقم الشركة باجراءات النشر المقررة أن يتمسك بشخصيتها.

ويقول الدكتور السنهورى نفيها على هذا النص بترتب على ثبوت الشخصية للشركة نتائج هامة هي التى تترتب على الشخصية المعنوية بوجه عام - وقد نصت المادة ٥٢ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى :

١ - الشخص الاعتبارى يتمتع بجميع الحقوق الا ما كان منها ملازما لصفة الانتمان الطبيعية ذلك فى الحدود التى قررها القانون.

٢ - فيكون له :

- أ - ذمة مالية مستقلة.
- ب - أهلية فى الحدود التى يعينها من انشائه أو التى يقررها القانون.
- ج - حق التقاضى.
- د - موطن مستقل ويعتبر موطنه المكان الذى يوجد فيه مركز ادارته.

(الوسيط - الهبة والشركة للدكتور عبد الرزاق السنهورى ص ٢٩١).

ويقول الدكتور محمد كامل امين ملش « يقرر القانون المدنى فى المادة ٥٠٦ منه الشخصية المعنوية للشركات المدنية وتتطلب اجراءات نشر بترتب على عدم القيام بها عدم الاحتجاج بالشخصية

المعنوية على الغير - انما لذلك الغير التمسك بالشخصية المعنوية رغم أن الشركة لم تقم باجراءات النشر - وحكم هذه المادة عام يشمل الشركات المدنية والتجارية على السواء ولاجبار الشركاء على استيفاء اجراءات النشر اقتبس المشرع فى الفقرة الثانية وسيلة قررها تقنين الشركات البلجيكية (المادة ١١ منه) وجاءت بأحسن النتائج من الناحية العملية: تلك هي عدم قبول ما ترفضه الشركة من دعاوى الا إذا اثبتت أن اجراءات النشر قد تمت».

(موسوعة الشركات للدكتور/ محمد كامل امين ملش طبعة ١٩٨٠ ص ٦٤).

وتقول محكمة النقض فى ذلك «ان الشركة التى لم تتبع

فى اسسها الشرائط الشكلية لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية: (نقض مدنى - الطعن ٣ من ١٩ ق - يناير ١٩٥١).

الشروط الشكلية الواجب توافرها للشركة لتثبت لها الشخصية الاعتبارية

إذا كان نص المادة ١/٥٠٦ مدنى يرتب ثبوت الشخصية المعنوية للشركة على استيفاء اجراءات النشر التى يقررها القانون - فقد تكفل القانون التجارى بتنظيم تلك الاجراءات بالنسبة لشركات التضامن وشركات التوصية فى المواد ٤٦ و ٤٨ و ٤٩ و ٥٠ و ٥١ و ٥٢ و ٥٣ و ٥٨ منه كما تكفل القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ بتنظيم تلك الاجراءات بالنسبة للشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة واخيرا تكفلت تلك الاجراءات بالنسبة لشركات استثمار المال العربى والاجنبى والمناطق الحرة احكام للقانون ٤٣ لسنة ٧٤ المعدل بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٧٧ وقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٩١ لسنة ٧٦ بنموذج العقد الابتدائى والنظام الاماسى للمشروعات

من الضرائب التي تستحق بسبب الاندماج على الشركة المندمجة أو الاسهم التي يحصل عليها مساهموها من الشركة المندمج فيها - كما تعفى الشركة المندمج فيها من الضرائب والرسوم التي تمتحق بسبب الاندماج.

ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ بشأن الاندماج في شركات المساهمة نشر بالعدد ١٦٠ من الجريدة الرسمية عمل به من تاريخ نشره في ١٨/٧/١٩٦٠ ولم يزد كثيرا من سابقه حيث يبدو أن الغرض الرئيسي من صدوره كان في تغيير لفظ مصرية الى عربية تحقيقا لما كان من وحدة بين مصر وسوريا. وقد صدر في ثمان مواد:

جاءت أولها بنفس حكم المادة الأولى من القانون ٥٤ لسنة ١٩٥٧ ثم اضافت حكما جديدا جاز بمقتضاه اندماج الشركات سالفة الذكر لتكوين شركة عربية جديدة (وهو النوع الثاني من الاندماج)، ثم اعتبرت تلك المادة في حكم الشركة للمندمجة فروع ووكالات ومنشآت الشركات. ونصت المادة الثانية على

إلا أن شيوع الشركات إبان النهضة الصناعية في مصر أوجدت الحاجة الى تقنين خاص باندماج الشركات فصدر اول قانون يمس الموضوع تحت رقم ٥٤ لسنة ١٩٥٧ بشأن الاندماج في شركات المساهمة في ١٩/٢/١٩٥٧ متضمنا خمسة مواد:

أجازت المادة الاولى منه أنه يجوز بقرار من رئيس الجمهورية الترخيص لشركات المساهمة وشركات التوصية بنوعيهما، والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات التضامن سواء كانت اجنبية أو مصرية الاندماج في شركات مساهمة مصرية إذا كانت تزاوّل نشاطها الرئيسي في مصر ومسبق لها اصدار ميزانيتها سنتين كاملتين متتاليتين على الأقل قبل طلب الترخيص (النوع الأول من الاندماج).

ونظمت المادة الثانية هذا الاندماج بتقدير اصول الشركة المندمجة كما اجازت المادة الثالثة تداول الاسهم التي تعطى مقابل رأس مال الشركة المندمجة بمجرد اصدارها وتضمنت المادة الرابعة اعفاء الشركة المندمجة ومساهموها

المشتركة والمنفئة وفقا لأحكام القانون رقم ٤٣ لسنة ٧٤ بنظم المناطق الحرة وقرار وزير الاقتصاد والتعاون الاقتصادي رقم ٣٧٥ لسنة ٧٧ باصدار اللائحة التنفيذية لقانون استثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة.

إذا فبالتمسك تولد الشركة وباستكمال الشكل الذي قرره القانون لها تصدر لها شهادة ميلاد اسوة بالانسان وتتحقق لها الشخصية الاعتبارية حسبما أوردنا سلفا.

وتنقضى الشركة وتنفى شأنها شأن الانسان حين يفنى، فإذا كانت هناك اسباب معلومة لانقضاء الشركات بصفة عامة - فإن الاندماج يضاف في هذا المجال كسبب من اسباب انقضاء الشركات وفناء شخصيتها الاعتبارية.

الاندماج في التشريع المصري

لم يحظ اندماج الشركات باهتمام المشرع المصري مثلما فعلت كثير من الشرائع الأخرى التي اولكه اهتماما كبيرا مثل القانون الالماني والنمساوي والسويسري والايطالي والياباني والبرتغالي.

أن تشكل لجنة من مستشار من إحدى محاكم الاستئناف يندبه وزير العدل رئيساً ومن ممثل لكل شركة يعينه المساهمون أو الشركاء حسب الأحوال وذلك لتقدير صافي أصول الشركة الراغبة في الاندماج.

وتصدر قراراتها بأغلبية الأصوات ويرجح الجانب الذى منه الرئيس عند التساوى.

واعترفت المادة قرارات اللجنة نهائية غير قابلة للطعن بأى طريق وتقديرها ملزماً للمساهمين أو الشركاء حسب الأحوال.

ونصت المادة الثالثة على أن يراعى عند إصدار الأسهم التى تعطى مقابل رأس مال الشركة المندمجة القيمة الفعلية لأصول كل من الشركتين المندمجة والمندمج فيها.

ونصت المادة الرابعة على أن تعتبر الشركة المندمج فيها أو الشركة الناتجة عن الاندماج خلفاً عاماً للشركات المندمجة وتحل محلها حلولاً قانونياً فيما لها وما عليها فى حدود ما اتفق عليه فى عقد الاندماج.

ثم أجازت المادة الخامسة تداول الأسهم الناتجة عن

الاندماج بمجرد إصدارها واغتت المادة السادسة كلا الشركات المندمجة والمندمج فيها أو الناتجة عن الاندماج من جميع الضرائب والرسوم التى تستحق بسبب الاندماج.

ثم صدر القانون ١٥٩ لسنة ٨١ وقد نص فى مادته الأولى على إلغاء القانون ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ بشأن الاندماج واتى بأحكام الاندماج فى الباب الثالث منه فى خمسة مواد من المادة ١٣٠ الى المادة ١٣٥.

أجازت المادة ١٣٠ من بقرار من الوزير المختص بعد موافقة اللجنة المنصوص عنها بالمادة ١٨ وهى لجنة فحص طلبات إنشاء الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم وذات المسئولية المحدودة التى تتخذ مركزها أو تزاوُل نشاطها الرئيسى فى مصر اندماج هذه الشركات فى شركات مساهمة أو معها وتكوين شركة مصرية جديدة واعتبرت فروع ووكالات ومنشآت الشركات فى حكم الشركات المندمجة.

ونصت على أن تحدد اللائحة التنفيذية كيفية تقويم أصول الشركات الراغبة فى الاندماج ولجراءات وأوضاع

وشروط الاندماج.

وقد صدرت اللائحة التنفيذية للقانون بالقرار الوزارى رقم ٩٦ لسنة ٨٢ متضمنة تلك الاجراءات فى السداد من ٢٨٨ الى ٢٩٨ وينحصر ما جاءت به من جديد فيما يأتى:

١ - أجازت المادة ٢٨٨ أن يتم الاندماج حتى لو كانت الشركة المندمجة فى مرحلة التصفية مشترطه موافقة الهيئات المختصة فى هذه الشركة على إلغاء التصفية.

٢ - نظمت المادة ٢٨٩ مشروع عقد الاندماج بحيث يصدّه مجلس الإدارة المديرين أو من له حق الإدارة فى الشركة الداخلة فى الاندماج بحيث يتضمن:

- دوافع الاندماج واغراضه وشروطه.

- التاريخ الذى يتخذ اساساً لحساب أصول وخصوم الشركات المندمجة.

- التقدير المبلى لأصول وخصوم الشركات المندمجة بمراعاة القيمة الفعلية للأصول.

- كيفية تحديد حقوق المساهمين أو الشركاء فى الشركات المندمجة والداجمة

أو الشركة الجديدة.

وقررت المادة ٢٩٠ تقديم طلب بالمشروع لسوق المال.

وقررت المادة ٢٩١ على مجلس الإدارة أو من له حق الإدارة إحالة مشروع عقد الاندماج وتقدير أصول وخصوم الشركات المندمجة إلى مراقب الحسابات المختص بالشركة قبل موعد اجتماع جمعيات المساهمين بسنتين يوما على الأقل ليعد تقريره الذي يودعه قبل اجتماع الجمعية العامة غير العادية بخمسة عشر يوما ولكل مساهم أو شريك الحق في الحصول على نسخة منه.

ونصت المادة ٢٩٢ من اللائحة ان الاختصاص بالموافقة على عقد الاندماج معقود للجمعيات العامة غير العادية بالاغلبية اللازمة لتعديل نظام الشركة أو عقد تأسيسها بحسب الأحوال.

واشترطت المادة ٢٩٣ اجماع المساهمين أو الشركاء في حالة زيادة التزاماتهم نتيجة الاندماج.

كما نظمت المادة ٢٩٤ لجراءات الاندماج على الوجه الآتي:

١ - في حالة انشاء شركة مساهمة جديدة - تتبع اجراءات التأسيس.

٢ - في حالة الاندماج في شركة مساهمة قائمة وجب تقديم عقد الاندماج للجنة المنصوص عنها بالمادة ١٨ من القانون (لجنة فحص الطلبات).

وفي جميع الاحوال يلزم صدور قرار وزاري بالاندماج بعد موافقة اللجنة المشار اليها. كما يتم اتباع اجراءات القيد بالسجل التجاري والشهر.

ونصت المادة ٢٩٥ من اللائحة على جواز اعتراض بعض المساهمين أو الشركاء على قرار الاندماج باثبات هذا الاعتراض بمحضر الجلسة وبحق لهم تقديم طلبات تخرجهم خلال ٣٠ يوما من تاريخ قيد القرار الوزاري بالاندماج بالسجل التجاري.

ونظمت المادة ٢٩٦ قيام مجلس الإدارة أو المديرين باعلان المساهمين والشركاء الذين اختاروا التخرج بالقيمة التي تقدرها الشركة لحصصهم على اساس القيمة الجارية لكافة اصولها وتخطرهم بالتاريخ الذي توضع فيه

المبالغ تحت تصرفهم - وفي حالة عدم الموافقة يكون لهم رفع الأمر للقضاء لتقدير هذه القيمة.

كما نظمت المادة ٢٩٧ حقوق حملة السندات وذلك بجواز عرض الشركة عليهم استرداد قيمتها وفوائدها حتى تاريخ السداد وأن على حملة السندات طلب الاسترداد خلال ٣ أشهر من تاريخ اخطارهم. كما تصبح الشركة الدامجة مدينة بقيمة هذه السندات وفوائدها من تاريخ تمام الاندماج وأن لم يبدو رغبتهم في الاسترداد خلال الثلاثة أشهر احتفظوا بضماناتهم وأولوياتهم المقررة بعقد الاندماج.

كما نصت المادة ٢٩٨ على حقوق الدائنين من غير حملة السندات وأنه بمجرد تمام الاندماج تعتبر الشركة الدامجة مدينة لكافة ديون الشركة المندمجة. واجازت لكل دائن طلب ضمانات له في مواجهة الشركة الدامجة امام القضاء - ولا يخل ما سبق بحقوقهم في طلب تعجيل هذه الديون.

وفيما عدا ما انت به اللائحة التنفيذية للقانون لم يأت القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١

جديد بشأن ما سبق ايضاحه من احكام خاصة بالقانون الملغى ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠.

احكام تطبيق قانون الاندماج فى التشريع المصرى

باستقراء احكام اندماج الشركات فسى التشريع المصرى يتبين لنا أن اندماج الشركات يتم بطريقتين حسبما أوردنا سلفا:

الطريقة الأولى: فناء شركة فى شركة أخرى قائمة

أن يكون لدينا شركة مساهمة مصرية قائمة بالفعل - يجوز أن تندمج فيها شركات مساهمة أو شركات توصية بنوعيهما أو ذات مسؤولية محدودة أو تضامن سواء مصرية أو اجنبية بشرط أن تكون مزاوله لنشاطها الرئيسى فى مصر وأن تكون قد سبق لها اصدار ميزانيتها منتئين كاملتين على الأقل متتاليتين قبل الاندماج.

الطريقة الثانية: فناء شركة قائمة أو أكثر معا لتكوين شركة جديدة

أن يكون لدينا شركة مساهمة مصرية قائمة بالفعل - يجوز أن تندمج هى مع شركة مساهمة أخرى أو

شركات توصية بنوعيهما أو ذات مسؤولية محدودة أو تضامن سواء مصرية أو اجنبية بشرط مزاوله النشاط الرئيسى فى مصر وسبق لها اصدار ميزانيتها منتئين كاملتين متتاليتين قبل الاندماج - وتندمج هذه للشركات معا لتكوين شركة جديدة.

اندماج الشركات من الناحية الاجرائية

إذا كان الاندماج فى الشركات يقع بلحدى طريقتين:

أولى: بقاء الشركة الأم وتندمج فيها بقية الشركات.

والثانية: تأسيس شركة جديدة تمتص الشركات القائمة التى تفى لتحل محلها الشركة الجديدة.

فإنه طبقا لأحكام قانون الاندماج ومائير احكام الشركات يتم الاندماج فى الأولى على الوجه الآتى:

١ - يجب عقد الجمعية العامة غير العادية لكل شركة مندجة لتقرر هذا الاندماج.

٢ - يجب أيضا عقد الجمعية العامة غير العادية للشركة الدامجة لتقرير زيادة رأس مال الشركة بمقدار

موجودات الشركة أو الشركات المندجة.

٣ - أن موجودات الشركة أو الشركات المندجة تعتبر حصصا عينية يقتضى الامر تقويمها بالكيفية التى حددها القانون لتقويم الحصص العينية، ونصت احكام المادة الثانية من القانون ٢٤٤ لسنة ٦٦ على تشكيل لجنة برئاسة

مستشار من احدى المحاكم الاستئنافية بنده وزير العدل ومن ممثل لكل شركة يعينه المصاهمون أو الشركاء حسب الأحوال لتقدير صافى أصول الشركات الراغبة فى الاندماج ونظمت كيفية عملها كما سبق الاشارة الى ذلك.

٤ - تحرير عقد الاندماج

أولا: يبدأ عمل ممثلو الشركات الراغبة فى الاندماج بتبادل ميزانيتين منتئين متتاليتين على الأقل لكل شركة لدراسة كل ما يتعلق بالاصول والخصوم الواردة بها.

ثانيا: يتم الاتفاق فى عقد الاندماج على احدى طريقتين:

أ - اما قيام الشركة المندجة بالوفاء بما عليها من الذون وبالتالى تتولى تقديم الاصول الصافية خالية من اية

الشركة المندمجة ومساهموها من الضرائب التي تستحق بسبب الاندماج كما تعفى أيضا الشركة المندمج فيها من الضرائب والرسوم التي تستحق بسبب الاندماج ونصت هذه المادة أيضا على أنواع الرسوم التي تعفى منها وجاء أول نوع من هذه الرسوم (رسم الشهر الذي يفرضه القانون ٩٠ لسنة ٤٤).

وقد ألغى هذا القانون بالقانون ٢٤٤ لسنة ٦٠ الذي نصت المادة السادسة منه على أن تتعفى الشركات المندمجة ومساهموها كما تعفى الشركة المندمج فيها أو الشركة الناتجة من جميع الضرائب والرسوم التي تستحق بسبب الاندماج المشار إليه في هذا القانون.

والعجيب من الأمر أنه مع هذه النصوص الصريحة بالنسبة للإعفاء من رسوم الشهر العقاري فقد صدر حكم محكمة النقض بأن وثيقة الاندماج تخضع لجميع القواعد الموضوعية والشكلية التي يخضع لها عقد تأسيس الشركات من كتابة وأشهار وإعلان ويستحق عليها رسوم في حدود القانون ٩٠ لسنة ٤٤ الخاص بالشهر العقاري.

اتباع جميع القواعد المتعلقة بتأسيس الشركات وتعتبر موجودات الشركات المندمجة في حكم الحصص العينية ويمرر بشأنها كافة الأحكام التي تمرر على الحصص العينية بالنسبة لتأسيس الشركة الجديدة وبعد اتباع ما سبق بيانه بالنسبة لتحرير عقد الاندماج وموافقة الجمعيات العامة غير العادية لهذه الشركات يتم استصدار قرار جمهوري بهذه الشركة الجديدة.

العقبات التي تصادف الاندماج

أولا : في حالة اندماج شركة قائمة أو أكثر إلى الشركة الأم يجوز لدائني أي شركة مضمومة طلب إبطال هذه الاندماج بالنسبة لهم - وذلك تأسيسا على أن الاندماج يعتبر تجديدا لديونهم وهو ما لا يجوز قانونا إلا برضاء الدائنين فإن هم رفضوا هذا التجديد كان لهم الحق في طلب إبطال ذلك الاندماج

ثانيا : بالنسبة لما تنكبده الشركات المندمجة من ضرائب ورسوم - نصت المادة الرابعة من القانون ٥٤ لسنة ٥٧ على أن تعفى

حقوق الغير للشركة الدامجة . ويعرف بعض الفقهاء هذه الحالة بأن الشركة المندمجة (تصفي نفسها وتكف عن العمل إلا بالقدر اللازم لحاجات التصفية).

ب - ولما أن يتفق على أساس أن تتلقى الشركة الدامجة كل مالمشركة المندمجة من أصول وخصوم وتطبيقا لحكم المادة ١٣٢ من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ تعتبر الشركة الدامجة خلفا عاما للشركات المندمجة وتحل محلها حلولا قانونيا فيما لها وما عليها.

ثالثا : إقرار عقد الاندماج بمعرفة الجمعية العامة غير العادية في كل شركة مندمجة لتقرير الاندماج بالنسبة للشركات المندمجة. وإقرار عقد الاندماج بمعرفة الجمعية العامة غير العادية في الشركة الدامجة لتقرير زيادة رأس المال بقيمة موجودات الشركات المندمجة.

٥ - إعمالا لحكم المادة ١٣٠ من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ يقتضى الأمر صدور قرار من الوزير المختص بذلك الاندماج.

وبالنسبة للحالة الثانية يلزم

النقد حتى يتحقق التوازن بين المساهمين في الشركتين.

وإذا حقق (معدل القسمة) فائدة للمساهمين في الشركة الدامجة وزع عليهم بوصفه ربحا اضافيا - ولكن إذا كان مركز الشركتين مختلفا اخلافا بينا بحيث يتعذر تساوى مساهمى الشركتين في جميع الحقوق جاز في هذه الحالة اعتبار اسهم الشركة الدامجة اسهما ممتازة واسهم الشركة المندمجة اسهما عادية . باعتبار أن الاسهم العادية تمثل زيادة رأس المال والاسهم الاصلية اسهما ممتازة.

٣ - ان الاسهم العينية لا يجوز تداولها قبل نشر حساب الارباح والخسائر عن سنتين كاملتين على الاقل من تاريخ صدور القرار الجمهورى بالتأسيس.

بانتهاى التقويم السابق ايضاحه يتسلم المساهمون في الشركة المندمجة اسهما من اسهم الشركة الجديدة أو الشركة الدامجة وتتلقى الشركة الدامجة ثروة الشركة المندمجة بما لها وما عليها ويتغير الدين بالنسبة لدائنى الشركة المندمجة وهنا يجوز لهؤلاء الدائنين المطالبة

المندمجة بوصفه معدلا للقسمة.

رابعا : من المتبع ايضا أنه لا يقع تقويم الحصة العينية طبقا لقيمتها الحقيقية فحسب بل يلزم مراعاة حالة الشركة الدامجة - فإذا تساوى رأسمال كل شركة ومالها الاحتياطى وقع الاندماج فى يسر إذ يتسلم كل مساهم فى الشركة المندمجة سهما جنيدا نظير سهمه القديم.

وقد يكون مركز احدى الشركتين خيرا من مركز الشركة الأخرى - كما لو كانت قيمة السهم فى شركة اربعة جنيهات وقيمة سهم الشركة الاخرى ستة جنيهات - فإنه فى هذه الحالة يمكن اللجوء لعدة طرق لتحقيق نوع من التوازن.

١ - الأولى أن تقع مبادلة الاسهم على اساس ثلاثة اسهم قديمة فى مقابل سهمين جديدين أو العكس.

٢ - الثانية أن يعطى معدل القسمة نقدا - ويمثل المعدل زيادة قيمة سهم شركة على قيمة سهم الشركة الأخرى فيتمسك المساهم فى الشركة المندمجة عدد الأسهم التى يستحقها ويضاف اليه مبلغا من

(حكم محكمة النقض فى الطعن ٤٦٩ لسنة ٣٧ ق فى ٣ مارس ١٩٧٣)

ومن الواضح أن هذا الحكم قد صدر بسبب تضارب القوانين حيث يهدف قانون الشهر العقارى زيادة الموارد بينما يهدف قانون الاندماج الى تشجيعه خدمة للاقتصاد الوطنى حسبما سنوضح فيما بعد بالنسبة لمزايا الاندماج.

وإذا كان الأمر يقتضى تغليب مصلحة للدولة على غيرها فإن ذلك بالضرورة يقتضى اصلاح هذا التضارب فى التشريع.

ثالثا : يكون الاندماج بطريق الامتصاص حيث تقدم الشركة المندمجة حصة عينية الى الشركة الدامجة فى نظير تسلمها أسهما عينية.

وتتور العديد من العقبات فى تنفيذ ذلك - فقد تتسلم الشركة المندمجة تكملة للشخص الحصص العينية عددا من السندات تصدرها الشركة الدامجة - وقد تتسلم مبلغا من النقود لوفاء ديون الشركة المندمجة ودفع نفقات تصفيتها - وقد يوزع هذا المبلغ على مساهمى الشركة

بديونهم فوراً حيث أن اختفاء مدنيهم الأصلي يعد بمثابة اضعاف للضمان الذي اعتمدوا عليه.

(راجع شركات المساهمة للذكثور محمد بك صالح طبعه ١٩٤٩)

مزايـا الانتاج

تقول المذكرة الايضاحية للقانون الاول للاندماج فى التشريع المصرى ٥٤ لسنة ١٩٥٧ ما يأتى :

«توالى حكومة الثورة العمل على استقرار رؤوس الاموال المستغلة فى مصر وخلق الجو الملائم للانتاج السليم لفائدة الاقتصاد القومى وتشجيع اندماج شركات المساهمة وشركات فى شركات مساهمة للوصول الى وحدة انتاجية كبيرة تحتاجها مصر فى عصر الانشاء والتعمير لتتمكن من القيام بالمشروعات الاقتصادية الكبيرة لأن الهزيمة قد لا تقوى الاستمرار فى المضمار الاقتصادى- وفيها اتاحة الفرصة للاستمرار والبقاء على طريق الانتاج لما فى ذلك من خفض تكاليف الانتاج وامكان الاستفادة من استعمال الاساليب الفنية الحديثة

والخبراء الصالحين».

ولعل هذه المذكرة الايضاحية قد استوعبت كل ما يمكن أن يقال فى مجال البحث عن مزايا الاندماج فمن أهم مزاياه:

١ - دعم القوة الاقتصادية للمؤسسة الجديدة.

٢ - خفض النفقات العامة.

٣ - زيادة الائتمان.

٤ - توحيد الادارة.

٥ - انتهاء المنافسة حين

يقع الاندماج بين شركات تقوم بغرض واحد والمنافسة.

٦ - انقاذ شركة تنتهوى قبل أن تقع صريعة فى ميدان المنافسة.

٧ - قد تكون الشركات

المندمجة ما يسميه علماء الاقتصاد «التكامل الرأسى» حين تندمج شركة مكملة للأخرى كشركة مثلاً لبيع مصنوعات معينة مع شركة تنتج هذه المصنوعات . وقد يتكون من الشركات المندمجة ما يطلقون عليه «التكامل الاقصى» حين يقع بين مؤسسات متحدة الاغراض كاندماج عدة مصانع لحلج القطن مثلاً.

مساوئ الاندماج

إذا كان للاندماج ما سبق

ايضاحه من مزايا فإنه ايضا لا يخلو من العيوب:

أولاً : أن تعدد المؤسسات المنمجة يؤدى الى تفتيت المسئولية وتشتيت الجهود.

ثانياً : ضعف الرقابة المباشرة لصعوبة العثور على الكفاءات التى تحقق التماسك بين مختلف المؤسسات والاحاطة اجمالاً بشؤون الادارة اعمالاً للقاعدة بحيث تكون السلطة تكون المسئولية.

ويؤدى الاندماج الى البعد عن ازواج الوظائف الرئيسية جرباً وراء تخفيض النفقات.

ثالثاً : قد يأخذ صورة من صور الكارتل وهو يؤدى الى اوجم العواقب المعروفة عنه.

أنواع اخرى من اتحاد الشركات

لقد ازدادت فى القرن الاخير حركة التركيز التجارى والصناعى فى جميع الدولة المتحضرة وعلى الاخص فى الولايات المتحدة والمانيا وقد عرف هذا التركيز بالشركات الموحدة والكارتل كما عرفت الولايات المتحدة نوع خاص من هذا التركيز يسمى «الترست» Trust. وهذا

الترست كما هو معروف ينتج عن اندماج عدة شركات فى شركة واحدة بطريقة لما أن تكون ظاهرة أو تكون خفية ومن أمثلته اندماج صناعة الفولاذ حيث أن اتحادها ينتج ما يقرب من نصف انتاج الولايات المتحدة منه.

وللترست أكثر من شكل:

فقد تندمج فيه كل الشركات فى شركة واحدة.

وقد تحتفظ الشركات بشكلها ويتملك كل أو بعض اسهمها «ترست» يطلقون عليه

Holding Trust يقول: تعيين مجلس ادارتها ويوجهها كيفما شاء، وبهذه الطريقة تمكنت هذه المنشآت من احتكار فروعاً كثيرة فى الصناعة والتجارة - مما روع انصار المنافسة الحرة فقامت الولايات المتحدة تقاوم هذه المنظمات وصدر بشأن ذلك

الأمر قانون Chorman عام ١٨٩٠ حيث نص على عقاب كل من يحاول احتكار أى نوع من فروع التجارة واعتبر ما يبرم من عقود لهذا الغرض مشوبة بالبطلان. الا أن رجال المال القائلين على هذه الحركة لم يعدموا الوسيلة للهروب من احكام هذا

القانون بادماج شركات تنهج على المبالغة فى تقويم رأس مال الشركة المنتجة بمضاعفة قيمة الحصص العينية - فتعطى هذه الاسهم ربها أكثر من قيمتها الحقيقية ولا تلبث أن تهبط قيمتها بعد أن يكون الجمهور قد اشتراها وتقع عليه بعد ذلك كل خمسة - وهذه الطريقة يسمونها Watering تشبها بطريقة بائع اللبن الذى يضيف الماء الى ما يبيعه منه.

التشريع الجنائى المصرى والاحتكار

لقد اورد المشرع المصرى مادتين فى قانون العقوبات تمسكان هذا الموضوع اصبحا متهاككين لما انقضى عليهما من زمان يوضحه اسلوبهما الركيك:

مادة ٣٤٥

«الاشخاص الذين تسببوا فى علو او انحطاط اسعار غلال أو بضائع أو بونات أو سندات مالية معدة للتداول عن القيمة المقررة لها فى المعاملات التجارية بنشرهم عمدا بين الناس اخبارا أو اعلانات مزورة أو مفتراه أو باعطائهم للبانع ثمنا ازيد مما طلبه بتواطئهم مع مشاهير

التجار الحائزين لصنف واحد من بضاعة أو غلال على عدم بيعه اصلا أو على منع بيعه بتمن اقل من الثمن المتفق عليه فيما بينهم أو بأية طريقة احتيالية أخرى يعاقبون بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصرى أو باحدى هاتين العقوبتين فقط.

بمضاعف الحد الاقصى المقرر لعقوبة الحبس المنصوص عنها فى المادة السابقة إذا حصلت تلك الحيلة فيما يتعلق بسعر اللحوم أو الخبز أو حطب الوقود والفحم أو نحو ذلك من الحاجات الضرورية.

ان اغراض الكارنل لا ترمى الى احتكار أى فرع من فروع الصناعة أو التجارة باعتبار أن اغراضه تنحصر فيما يأتى:

- ١ - تحديد مناطق لكل شركة منعاً من المنافسة.
- ٢ - تحريم البيع بأقل من ثمن ائنى محدد.
- ٣ - تحديد كمية العمل لكل عضو منه.
- ٤ - تجميع الطلبات فى مكتب معين ونسبته بنسبة معينة على الاعضاء.

حين يكون عدد الاعضاء قليلا.

واخيرا فإنه يلزم التنويه الى حالة ترتبط ارتباطا وثيقا بما سبق ايضاحه بالنسبة للشخصية الاعتبارية للشركات وهي أن نقل نشاط شركة الى شركة اخرى كحصة عينية في رأسمالها مع احتفاظ الشركة الاولى بشخصيتها الاعتبارية ونميتها المالية لا يعد اندماجا في حكم القانون بل تبقى الشركة الأولى مسؤولة عن الديون المتعلقة بهذا النشاط في نميتها المالية التي لم تندمج ببقائها مرتبطة ارتباطا لا يقبل التجزئة بشخصيتها الاعتبارية.

ويعمل الكارنل للشراء على تركيز ما يشرته الاعضاء في مكتب واحد اقتصادا في النفقات ومنعا من تحكم البائعين.

كذلك لا يتعارض في الكارنل لتحديد كمية اعمال كل عضو مع المادة ٣٤٥ عقوبات حيث أن ما تحرمه هذه المادة هو الاتفاق على احتكار صناعة أو سلعة والاستفادة من القضاء على المنافسة لرفع الاسعار بطرق احتيالية.

وقد يتخذ الكارنل شكل شركة مباحة يكتتب في اسهمها الاعضاء فقط كما قد يتخذ صورة شركة تضامن

٥ - ايداع ارباح الاعضاء صندوق مشترك وتوزع بينهم بنسبة معينة.

وتحقيقا لتنفيذ اغراضه يضع الاعضاء شرطا جزائيا يتم توقيعه على المخالف ومن امثلته أن يوقع كل عضو كمبالاة بمبلغ التعويض المستفيد فيها اما الكارنل أو شخص موثوق فيه.

ومن الواضح أنه لا تعارض للكارنل للشراء مع حكم المادة ٣٤٥ عقوبات لعدم سريانها على الكارنل المكون لشراء المواد الخام الا اذا كان الغرض منه غلو الاسعار أو انحطاطها بطرق تمييزية.

ان المحاماه هي مهنة الحرية والكرامة والكفاح في مختلف مناحي الحياة وفي كل زمان ومكان .

«شيخ القضاء الاستاذ الجليل،

مصطفى مرعي

المحامي

إساءة استخدام الحق في الادعاء المباشر

السيد الأستاذ / صابر الرماح
المحامى بالاستئناف العالى

واستثناء من هذا الأصل العام منح المشرع الجنائى للمضروور من الجريمة بموجب المادة ٢٢٢ اجراءات الحق فى تحريك الدعوى الجنائية ضد المتهم بإقامته دعواه المدنية مباشرة أمام القضاء الجنائى بتكليفه للمتهم بالحضور مباشرة أمام المحكمة الجنائية.

والحق فى الادعاء المباشر على هذا النحو هو نوع من الرقابة على سلطة الاتهام والنيابة العامة إذا تقاضت عن تحريك الدعوى الجنائية^(١).

ويتطلب امكان تحريك الدعوى الجنائية بطريق الادعاء المباشر توافر شروط متعددة هي:

أولاً: أن يصدر الادعاء من صاحب حق فيه وهو المجنى عليه ويشترط أن يلحقه من الجريمة ضرر مادي أو أدبي وهو حق شخصي بجبت.

من قانون الاجراءات الجنائية التي تنص فتحال الدعوى الى محكمة الجنج والمخالفات بناء على أمر يصدر من قاضى التحقيق أو محكمة الجنج المستأنفة منعقدة فى غرفة المشورة أو بناء على تكليف المتهم مباشرة بالحضور من قبل أحد أعضاء النيابة العامة أو من المدعى بالحقوق المدنية.....

والأصل أن النيابة العامة هي صاحبة الولاية العامة فى تحريك الدعوى الجنائية ورفعها الى القضاء ومباشرتها أمامه الى حين صدور حكم بات فيها وإسناد هذا الاختصاص الى النيابة وحدها دون غيرها إنما يرجع الى كونها تمثل المجتمع وتنوب عنه فى تطبيق أحكام القانون الجنائى باعتبار أن هذا التطبيق هو الذى يحقق الأمن لمجموعة المصالح العامة الجديرة بالحماية^(٢).

يتناول البحث بيان طبيعة الادعاء المباشر ثم بيان مشكلة إساءة استعمال هذا الحق وبيان الوسائل الفقهية المقترحة لعلاج هذه المشكلة ثم دعوة المشرع المصرى الى التدخل بتعديل تشريعى لعلاج هذه المشكلة.

طبيعة الادعاء المباشر:

الادعاء المباشر هو اجراء يجوز بمقتضاه للمدعى بالحقوق المدنية فى مواد المخالفات والجنج أن يكلف المتهم مباشرة بالحضور أمام المحكمة الجنائية المختصة لسماع الحكم عليه بالتعويض عن الأضرار التي أصابته من الجريمة ويترتب قانوناً على رفع الدعوى المدنية بطريق الادعاء المباشر أمام المحكمة الجنائية تحريك الدعوى الجنائية تبعاً لها.

والادعاء المباشر حق لمن أصابه ضرر من الجريمة مستمد من نص المادة ٢٢٢

ثانياً : أن تكون الواقعة جنحة أو مخالفة.

ثالثاً : ألا يكون فيها تحقيق لا يزال مفتوحاً.

رابعاً : ألا يكون قد صدر فيها قرار نهائي بأن لا وجه لاقامة الدعوى.

خامساً : أن تكون الدعوى الجنائية مقبولة.

سادساً : أن تكون الدعوى المدنية جائزة القبول ومرفوعة بإجراءات صحيحة.

إساءة استعمال حق الادعاء المباشر:

وإن كان الحق في الادعاء المباشر هو من الحقوق المقررة للمجنى عليه المضرور ضرراً شخصياً مادياً أو معنوياً من الجريمة ويتيح له الحق في الرقابة على سلطة الاتهام إذا نقضت عن تحريك الدعوى العمومية في مواد الجرح والمخالفات، إلا أن الواقع العملي قد أبان أن الكثرة الغالبة من هذه الدعاوى تتخذ وسيلة لتحقيق أهداف عديدة كثيراً ما تبعد عن الغاية التي نغياها المشرع من تقرير هذا الحق مما يسبب للمتهم بمسبب اتهامه أمام القضاء الجنائي وما يترتب على ذلك من إساءة

لمسمعته والتشهير به إلا ما نفسية قد يبعد مداها وقد تكون لها انعكاساتها على وضعه الاجتماعي فما هي الضمانات لتفادي إساءة استعمال هذا الحق؟

من البديهي أنه إذا كان المدعى بالحق المدني قد رفع دعواه بحسن نية واستند فيها إلى أسباب معقولة فإنه لا يوقع عليه أي جزاء حتى لو قضى ببراءة المتهم ورفض الدعوى المدنية المرفوعة عليه أو الحكم بعدم الاختصاص بنظرها. ولكن فيما عدا هذا الفرض يجب أن نميز بين ما إذا كانت إساءة استعمال حق الادعاء المباشر بقصد الاضرار بالمدعى عليه أو بناء على خطأ إذ يقرر المضرور جزاء للحالة الأولى فضلاً عن التعويض هو توقيع عقوبة جريمة البلاغ الكاذب ويقتصر في الحالة الثانية على تعويض المتهم فقط^(٢).

فيذا توافر قصد الاضرار لدى المدعى بالحق المدني فإنه يمكن أن يوقع عليه فضلاً عن الجزاء المدني المتمثل في تعويض المتهم عن الضرر الذي ناله من رفع الدعوى المباشرة عليه جزاء جنائي

يمثل في عقوبة جريمة البلاغ الكاذب إذا ثبت توافر أركانها إذ يعتبر الادعاء المباشر بمثابة بلاغ عن الجريمة إلى الجهة المختصة وقد قضى تطبيقاً لذلك بأنه من المقرر أن حق الالتجاء إلى القضاء وإن كان من الحقوق العامة التي تثبت للكافة إلا أنه لا يمسوغ لمن يباشر هذا الحق الإنحراف به عما شرع له واستعماله استعمالاً كيدياً ابتغاء مضارة الغير فلذا تبين أن المدعى كان مبطلاً في دعواه ولم يقصد إلا مضارة خصمه والتكاية به فإنه لا يكون قد باشر حقاً مقرواً في القانون بل يكون عمله خطأ وتحق مساءلته عن تعويض بالاضرار التي تلحق الغير بسبب إساءة استعمال هذا الحق^(١).

وإذا لم يتوافر لدى المدعى المدني غير مجرد الخطأ فإن الجزاء الوحيد الذي يمكن توقيعه عليه هو الحكم عليه بالتعويض للمتهم في نفس الحكم الصادر بالبراءة ورفض الدعوى المدنية على أن ذلك متوقف على طلب المتهم وقد تضمنت هذا الحكم المادة ٢٦٧ من قانون الاجراءات الجنائية التي تنص والمتهم أن يطلب

المدعى بالحقوق المدنية أمام المحكمة الجنائية بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب رفع الدعوى المدنية عليه إذا كان لذلك وجهه. وهو ما يسمى بالدعوى المدنية التبعية.

ويجب ألا يغيب عن الأذهان أنه لا يكفي للحكم على المدعى بالحقوق المدنية بتعويض المتهم مجرد الحكم ببراءة الأخير ورفض الدعوى المدنية ضده وإنما يجب أن يثبت تحقق الخطأ من جانب المدعى المدني إذ أن الخطأ هو أساس التعويض ويتخذ للخطأ في هذه الحالة صورة عدم التزوي أو التبصر وقد قضى تطبيقاً لذلك بأنه إذا برأت المحكمة المتهم من تهمة البلاغ الكاذب لعدم وجود القصد الجنائي جاز لها مع ذلك أن تحكم عليه بالتعويض للمبلغ ضده إذا كان قد لحق الأخير ضرر من التهمة التي استندت إليه بغير تزوي وتبصر من المبلغ^(٥).

والسؤال المطروح إذا كان حق الادعاء المباشر يعد من الضمانات الأساسية للحقوق الفردية يتيح للفرد حق مراقبة سلطة الاتهام إذا تقاعست عن تحريك الدعوى العمومية في

مواد الجنح والمخالفات فما هي الوسائل المقترحة لملاجإساءة استخدام هذا الحق؟

أولاً : إلزام المدعى المدني بإيداع كفالة:

من الوسائل التي يمكن الالتجاء إليها في سبيل مكافحة إساءة استعمال حق الادعاء المباشر إلزام المدعى بالحقوق المدنية بإيداع كفالة كشرط لقبول ادعائه أمام القضاء الجنائي فهذا الالتزام يقيد ويحد من استعمال هذا الحق^(٦).

وقد أخذ على هذه الوسيلة أنها لا تكفي لتأمين تعويض المتهم في حالة ثبوت إساءة استعمال حق الادعاء المباشر.

ثانياً : جواز رفع دعوى البلاغ الكاذب أمام نفس المحكمة:

قد لا تهتم النيابة العامة بملاحقة جريمة البلاغ الكاذب التي تتوافر أركانها بالنسبة لفعل المدعى المدني كما أن الملاحقة التي يجريها المتهم عن هذه الجريمة لا تكون مبررة نظراً لأنها تفترض حكماً حاز قوة الأمر المقضى في البلاغ وكذلك فإن الوضع الأفضل لملاجإساءة استخدام هذا التصور هو تحويل المتهم وسيلة

لملاحقة هذه الجريمة عن طريق سهل وفعال وذلك بتمكينه من تقديم ادعاء مباشر إلى نفس المحكمة عن جريمة البلاغ الكاذب التي ارتكبها المدعى فيرتب على ذلك إلزام المحكمة بالفصل في الدعوى الأصلية التي حركها المدعى المدني والدعوى الثانية المتعلقة بجريمة البلاغ الكاذب وتقضى للمحكمة في الدعويين معاً.

ثالثاً : عدم إلزام المتهم بالحضور

قد يكون القصد من تحريك المدعى المدني للدعوى الجنائية عن طريق الادعاء المباشر هو الكيد، للمتهم وإساءة إليه حيث يكون ملزماً بالحضور كمتهم أمام المحكمة الجنائية في كثير من الأحيان حيث تنص المادة ٢٣٧ من قانون الإجراءات الجنائية «يجب على المتهم في جلسة معاقب عليها بالحبس أن يحضر بنفسه أما في الجنح الأخرى والمخالفات فيجوز أن ينوب عنه وكيل لتقديم دفاعه مع عدم الإخلال بما للمحكمة من الحق في أن تأمر بحضوره شخصياً».

ودراً لهذا الكيد دعا الفقه

الى تعميم هذا الحل^(٧).

رابعا : توقيع عقوبة الغرامة
على من يسهء استعمال حق
الادعاء المباشر:

يرى انصار هذا الرأى أن
للقاضى من تلقاء نفسه أو بناء
على طلب النيابة العامة أو
المتهم إذا تبين له خطأ المدعى
المدنى فى إستعمال حق
الادعاء المباشر أن يوقع عليه
عقوبة الغرامة.

ويؤيد هذا الرأى وجهة
نظره بحجتين:

الأولى: ما ذهب اليه القانون
الانجليزى من تجريم كل فعل
أو امتناع يتعارض مع
الاحترام الواجب للقاضى
ويدخل فى هذا النطاق الواسع
المرن إساءة استعمال وسائل
الاجراءات الجنائية لتحقيق
أغراض مدنية.

الثانية : أن القانون يعاقب
الشاهد الذى يخل بعدم
حضوره بسير العدالة فلماذا لا
نعاقب المدعى المدنى الذى
يقلق بخطئه العدالة؟

دعوة الى المشرع المصرى:

أصبح الادعاء المباشر
شائعا فى الحياة العملية
بصورة تقلق المتقاضين
وترهق العدالة فالبعض يستغله

مسلحا للتشهير بالمتهم ووسيلة
للكيد والانتقال بأن يقف
خصمه أمام القضاء وعلى
رأسه سيف الاتهام كما
يستخذه البعض كوسيلة
لخدمة الدعاوى المدنية بغير
وجه حق.

وإذا كان الادعاء المباشر
فى حد ذاته يعد من الضمانات
الأساسية للحقوق الفردية يتيح
لل فرد حق مراقبة النيابة العامة
إذا نقضت عن تصريح
الدعوى العمومية فى مواد
الجنح والمخالفات فلن هذا
الحق لا بد وأن يحاط بمسايح من
الضمانات تكفل عدم إساءة
استخدامه.

ونناشد المشرع المصرى
التدخل بنص تشريعى يلزم
المدعى المدنى بإيداع كفالة
تصادر فى حالة رفض
الادعاء وأن يخلو النص
القاضى الجنالى الحق فى
توقيع غرامة من تلقاء نفسه
على المدعى المدنى فى حالة
إساءة استخدام هذا الحق
وتوجد موابق فى القانون
المصرى منها أن المشرع فى
المادة ٩٩ مرافعات خول
المحكمة أن تحكم على من
يتخلف من العاملين بها أو
للخصوم عن إيداع المستندات

أو عن القيام بأى اجراء من
اجراءات المرافعات فى
الميعاد الذى حددته له المحكمة
بغرامة لا تقل عن جنيهه
ولا تجاوز عشرة جنيهات
ويكون ذلك بقرار يثبت فى
محضر الجلسة له ما للأحكام
من قوة تنفيذية الخ.....

ومنها حق المحكمة فى
تقديم المدعى إذا اقام دعواه
أمام محكمة غير مختصة
م/١١٠ مرافعات.

ومنها حق المحكمة فى
تقديم الشاهد إذا تخلف عن
الحضور بعد تكليفه م/٢٧٩
اجراءات.

وتجدر الاشارة الى أن
النص المقترح يستند الى
ضرورة إحترام أصول
التقاضى وأن للمحكمة الحق
فى تغريم الخصوم إذا إساءوا
استخدام هذا الحق.

خاتمة :

وبعد لا يسعنا فى النهاية الا
اعادة مناشدة المشرع
المصرى ليتدخل بهذا التعديل
التشريعى ليستقيم ميزان الحق
فى الادعاء المباشر بما يعود
على المجتمع بالنفع ويخفف من
تكس القضايا أمام المحاكم.

وعلى الله توكلنا وإليه
مبجانه أنبنا وإليه المصير

هوامش

- (١) الاجراءات الجنائية د. محمد زكى أبو عامر طبعة ص ٤٠٢.
- (٢) مبادئ الاجراءات الجنائية د. رؤوف عبيد ص ١٠٤ طبعة ١٩٨٢.
- (٣) د. فوزية عبد الستار الإدعاء المباشر فى الاجراءات الجنائية طبعة ١٩٧٧ ص ١٧٣.
- (٤) نقض ٢٦ يونية سنة ١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض ص ٢٣ رقم ٢١٣ ص ٩٥٣.
- (٥) نقض ٢٤ يونية ١٩٠٨ مجموعة أحكام النقض ص ١٠ ص ٨١.
- (٦) د. فوزية عبد الستار المرجع السابق بند ١٢٠ ص ١٨٠.
- (٧) د. فوزية عبد الستار المرجع السابق ص ١٨١.

قد تخفى الثياب الجميلة حقيقة الانسان .. ولكن
الكلمات الحمقاء سوف تكشفه بسهولة .

« جان جاك روسو »

بحث في الشروط الموضوعية لدعوى الإلغاء أوجه إلغاء القرار الإداري

السيد الأستاذ / السيد ابراهيم قصه
المحامي بالاستئناف العالي

من أركان القرار الإداري يكون عيباً فيه يجعله غير مشروع ويصبح موضعاً للطعن بالإلغاء للتخلص منه واستبعاد آثاره .

ويترتب على ما تقدم أن عيوب القرار الإداري التي يلغى قضاءً سبباً أساسياً هي ما يأتي :

١ - عيب عدم الاختصاص : ويستند إليه الهيئة أو العضو الذي عهد إليه القانون بمباشرة القيام بعمل من الأعمال .

٢ - عيب الشكل : ويرجع إلى ما يجب اتباعه من أشكال للإفصاح عن إرادة الإدارة .

٣ - عيب مخالفة القانون : ويتصل بمحل القرار الإداري .

٤ - عيب السبب : ويرتبط بالحالة الواقعية والقانونية التي تمسب القرار .

إذا طلب صاحب الشأن ذلك قضائياً ، ترتبط وفقاً للاتجاه الفقهي الحديث بعناصر « أي أركان » القرار الإداري :

وأركان القرار الإداري خمسة هي :

(١) الاختصاص : أي إفصاح الإدارة عن إرادتها وفقاً لحدود الاختصاص المرسومة لها .

(٢) الشكل : أي إفصاح الإدارة عن إرادتها وفقاً للشكل المقرر والواجب الاتباع .

(٣) المحل : محل القرار الإداري هو الأثر القانوني المباشر الذي يحدثه القرار .

(٤) السبب : هو الحالة القانونية أو الواقعية التي تمسب القرار وتكون الواقع لوجوده .

(٥) الغاية : غاية القرار هي النتيجة النهائية التي يراد الوصول إليها باتخاذها .

وكل خلل يصيب أي ركن

استكمالاً لبحثنا السابق والمنشور بمجلة المحاماة عن ميعاد الطعن بالإلغاء في القرار الإداري فإننا نقدم للمبادرة الزملاء هذا البحث لارتباطه ارتباطاً لا يقبل التجزئة .. والله الموفق .

مقدمة :

بعد أن يفصل القضاء في مسألة الاختصاص ثم مسألة قبول الدعوى ينتقل إلى مرحلة الفصل في موضوع الدعوى ومعنى ذلك بالنسبة للإلغاء أن تبحث المحكمة عناصر مشروعية القرار المطعون بإلغائه حتى تستطيع الحكم في الدعوى فالإلغاء القرار الإداري قضائياً لا يكون إلا بسبب عدم مشروعيته بعكس الإلغاء الإداري الذي قد يكون بسبب عدم المشروعية أو عدم الملاءمة .

وعيوب القرار الإداري التي تؤدي إلى عدم مشروعيته - ومن ثم إلغائه

ه - عيب إساءة استعمال السلطة : ويرتبط بالغاية المراد تحقيقها من إصدار القرار .

ويلاحظ أن هذه العيوب تقرر في فرنسا عن طريق القضاء الإداري الذي سلك في سبيل تقريرها سنة للتدرج والتطور ولكن لم يحدث مثل هذا التطور عندما في مصر إذ أن المشرع سجل هذه العيوب التي تشوب القرار الإداري وذلك في قانون مجلس عند إنشائه ثم في قوانينه المتعاقبة ، فنجد المادة الثامنة من القانون الحالي للمجلس نص على أنه يجب أن يكون مرجع الطعن ضد القرار الإداري لآلغائه هو حالة عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها وتأويلها أو إساءة استعمال السلطة فهذه المادة الثامنة من قانون المجلس قررت أوجه الإلغاء الخمسة المائدة قضائيا في فرنسا - ونقلت النظر فقط إلى أن عبارة - الخطأ في تطبيق القانون أو تأويله الواردة في المادة المذكورة إنما تشير في الواقع إلى عيب السبب لأن الخطأ في تكيف الحالة القانونية أو الواقعية التي

تسبق للقرار تؤدي إلى الخطأ في تطبيق القانون وتأويله . ونعرض تباعا بإيجاز للعيوب المختلفة للقرار الإداري :

أولا : عيب عدم الاختصاص :

يراد بعدم الاختصاص عدم القدرة على اتخاذ قرار معين وذلك لضرورة صوره من عضو أو هيئة أخرى - ويشبه البعض عدم الاختصاص في القانون العام بعدم الأهلية في القانون الخاص ذلك أن الشخص غيـز المختص ونافـص الأهلية كلاهما غير قادر على القيام بعمل قانوني معين ولكن يوجد بينهما من حيث الهدف ذلك أن قواعد الاختصاص - تهدف إلى حماية المصلحة العامة بينما قواعد الأهلية ترمي إلى حماية الشخص ذاته ويتحدد الاختصاص بالقانونون أو بالمبادئ القانونية العامة .

خصائص عيب عدم الاختصاص :

أ - يتعلق هذا الوجه من أوجه الإلغاء العام ومن ثم فإن القاضي يتصدى له من تلقاء نفسه .

ب - لا يمكن تصحيحه بإجراء لاحق .
ج - لا يجوز للإدارة أن تتفق على تعديل قواعد الاختصاص .

وقد يتخذ عدم الاختصاص مظهرا إيجابيا أو سلبيا فيكون إيجابيا عندما تصدر جهة إدارية معينة قرار هو من اختصاص جهة إدارية أخرى ويكون سلبيا عندما ترفض الجهة الإدارية المختصة إصدار قرار إداري معين اعتقادا منها أنه لا يدخل في اختصاصها ففي المظهرين يكون القرار مشوبا بعيب عدم الاختصاص .

صور عدم الاختصاص :

قد يكون عيب عدم الاختصاص بسيطا وقد يكون جسيما ونوضح النوعين فيما يلي :

عيب عدم الاختصاص البسيط ويظهر في الحالات الآتية :

أولا : عدم الاختصاص من حيث المكان ويحدث ذلك عندما توجد مسألة في النطاق الإقليمي لأكثر من عضو إداري .

ثانيا : عدم الاختصاص

اختصاص السلطة التشريعية وحدها أو تصدر قرار بشأن موضوع من صميم اختصاص السلطة القضائية .

فى هذه الحالات نظرا لجسامة عيب الاختصاص فإن القرار الإدارى لا يعتبر باطلا فحسب بل يعتبر معلوما مع ما يترتب على هذا الوضع من نتائج .

ولقد سلم الفقه الفرنسى فى مجموعه بفكرة الانعدام ورتب عليها نتائجها وقد أقر مجلس الدولة الفرنسى أيضا فكرة الانعدام صراحة ورتب عليها نتائج هامة أما مجلس الدولة المصرى فإنه اعتبر القرارات المشوبة بعيب اغتصاب السلطة معدومة من تاريخ متقدم كما أن قضاء المحكمة الإدارية العليا فى هذا المجال لا يقل وضوحا ولا حسمًا عن قضاء محكمة القضاء الإدارى ففى حين تعرض لهذا العيب فى حكمها الصادر فى ١٩٥٩/٦/٢٧ على سبيل المثال تقول (كان قرار الفصل معدوما وكان لم يكن ولا تلحقه أية حصانة ولا يزال انعدامه فوات ميعاد الطعن فيه لانه عدم العدم لا يقوم وساقط والساقط لا يعود .

هيئة خاصة لا تملك اطلاقا حق مباشرة اختصاصات ادارية - تشير كذلك الى حالة الشخص الذى يعين فى وظيفة ثم يمارس اختصاصه ويصدر بناء عليه قرارات ادارية بعد ذلك يلغى قرار تعيينه بناء على طعن رفع ضده من صاحب مصلحة فى هذه الحالة نظراً لأن الالغاء يكون بأثر رجعى فإن الموظف وأن أخذ مظهر الموظف الأصيل الذى عين بطريقة قانونية الا أنه فى الحقيقة لا يعتبر موظفا قانونيا وإنما هو موظف فعلى بهذه المثابة تعتبر قراراته التى أصدرها كأنها صادرة من فرد عادى ولكن برغم ذلك لا ينظر الى هذه القرارات على أنها من قبيل اغتصاب السلطة بل أنها لاتعد مشوبة بعيب عدم الاختصاص البسيط وتصحيح القرارات فى هذه الحالة إنما يستند الى نظرية الأوضاع الظاهرة والصالح العام يقضى ويحبذ الأخذ بهذه الفكرة أحيانا وفى مثل الصورة المذكورة .

٢ - حالة اعتداء السلطة الإدارية على اختصاصات السلطة التشريعية أو السلطة القضائية كأن تبأثر السلطة الإدارية عملا يدخل فى

من حيث الزمان كأن يصدر قرار من موظف أنهت خدمته وترك الوظيفة نهائيا أو نقل الى وظيفة أخرى فاختصاص الموظف مرهون بالمعدة التى يتولى فيها أمر الوظيفة كما أنه لا يجوز له اتخاذ قرارات يكون حق إصدارها من اختصاص من يخلفه فى العمل كذلك اذا صدر القرار بعد الميعاد الذى حدده القانون يكون معيبا بعيب عدم الاختصاص .

ثالثا : عدم الاختصاص من حيث الموضوع :

ويحدث ذلك فى حالات اعتداء السلطة المركزية على اختصاصات الهيئات اللامركزية أو اعتداء سلطة أدنى على اختصاص سلطة أعلى أو العكس أو اعتداء جهة إدارية على اختصاص جهة إدارية أخرى مساوية لها فى الدرجة مثل اعتداء وزير على اختصاص وزير آخر .

عيب الاختصاص الجسيم (ويطلق عليه اصطلاح اغتصاب السلطة)

ويحدث ذلك فى الحالات الآتية :

١ - حالة صدور قرار من فرد عادى ليس موظفا أو من

تغطية عيب علم
الاختصاص قواعد عادية :

يقصد بذلك تغطية العيب
المذكور بناء على التفويض أو
الحلول .

ومعنى التفويض أن يعهد
صاحب الاختصاص الأصيل
من تلقاء نفسه ببعض
اختصاصاته الى موظف آخر
كى يزاوئها بصفة مؤقتة - أما
الحلول فانه يحدث اذا طرأت
ظروف تجعل صاحب
الاختصاص الأصيل عاجزا
عن ممارسة اختصاصه فينتقل
الاختصاص هنا بقوة القانون
الى من يحدده القانون سلفا
ويستفاد مما تقدم أن التفويض
يحتاج الى قرار صريح
لانشائه ولا يمكن أن يكون
التفويض الا جزئيا أو لا
يتصور أن يكون شاملا لكل
اختصاصات الأصيل لان
ينقلب فى مثل هذه الصورتين
الى تفويض للسلطة وكان
الموظف عزل نفسه أو منحها
أجازة دائمة وهذا غير سليم .

ولكن الحلول على عكس
ذلك إذ يتم بقوة القانون ويكون
شاملا لاختصاصات الأصيل
ونبين الآن الوضع القانونى
لكل من التفويض والحلول ..

١ - التنظيم القانونى
للتفويض :

يجب أن يجيز القانون
التفويض ويبين سبيله ويلاحظ
أن التفويض لا يتم الا بنفس
الأداة المقررة للاختصاص .

٢ - يجب أن يكون
صريحا أى يصدر به قرار
خاص إذ أن التفويض لا
يفترض ويجوز أن يكون
شفويا وتنشأ صعوبة فى هذه
الحالة تتعلق بأثباته .

٣ - أن التفويض أما
شخصى بمعنى أنه ينتهى
بخروج الشخص الذى صدر
عنه (مثل استقالة الوزير
الصادر عنه التفويض)
وخروج الموظف الصادر اليه
من دائرة العمل الذى يقوم به
فى الادارة .

٤ - التفويض يجب أن
يكون جزئيا فلا يصح أن يكون
شاملا لكل اختصاصات
الأصيل .

٥ - تفويض
الاختصاصات المقوضة لا
يجوز بمعنى أن من يصدر اليه
تفويض ولا يصح أن يفوض
بدوره غيره فيه .

٦ - ما هو موقف
الموظف الذى فوض غيره فى

بعض اختصاصاته بشأن
المسائل محل التفويض ثم هل
يجوز له رغم التفويض أن
يمارس اختصاصه بشأن هذه
المسائل أم يتمتع عليه ذلك
طلاما كان التفويض قائما ؟
هذه الحال مثار خلاف ونرى
أنه من الأفضل وخضوعا
لحكم المنطق أن التفويض
يمنع الأصيل من ممارسة
اختصاصاته فى المسائل
موضوع التفويض .

٧ - الموظف الذى فوض
غيره فى بعض اختصاصه لا
يعد بمثابة الرئيس الإدارى
بالنسبة للقرارات الصادرة
طبقا للتفويض .

التنظيم القانونى للحلول :

١ - يجب أن يستند الحلول
على نص من نفس النصوص
المنظمة للاختصاصات
موضوع الحلول .

٢ - يتم بقوة القانون وبغير
حاجة الى قرار خاص يعكس
التفويض .

٣ - الحلول بعكس
التفويض لا تمسده الصفة
الشخصية لأنه يتحدد بالقانون
بطريقة مجردة .

٤ - الحلول كلى بمعنى أنه
يشمل جميع الاختصاصات

المقررة للأصيل .

٥ - فى حالة الحلول حيث يتمتع الموظف بكل اختصاصات الاصيل يجوز له أن يلجأ الى التفويض الجزئى .

٦ - يرى مجلس للنولة الفرنسى أن الحلول لا يجب اختصاصات الاصيل نهائيا بل يجوز له أن يأتى من الأعمال ما يسمح به السبب الذى تقرر من أجله الحلول وهذا الرأى فى نظرنا غير سليم - لأن الحلول كما سبق للقول كلى يشمل جميع الاختصاصات لانه يتم بقوة القانون - ويكون للموظف نفس المركز القانونى السابق .

٧ - يجب على الأصيل فى حالة الحلول أن يهترم القرارات الصادرة من نائبه فى غيبته .

٢ - عيب الاختصاص المكانى :

ويقصد به أن يصدر أحد رجال الإدارة قرارا يمتد أثره الى خارج الحدود الإقليمية الموضوعية لمزاولة اختصاصه ذلك أنه اذا كان لبعض رجال الإدارة أن يمارسوا اختصاصهم على إقليم الدولة كله كرئيس الدولة ونوابه والوزراء ونوابهم كل

فيما يدخل فى اختصاصه فإن المشرع كثيرا ما يحدد النطاق المكانى الذى لا يجوز لرجل الإدارة أن يتعداه حين يمارس اختصاصه وبهذا المعنى لا يجوز لمحافظة اقليم أن يصدر قرارات ادارية لتنفذ فى نطاق محافظة أخرى .

٣ - عيب الاختصاص الزمنى :

ويقصد به أن يزاول أحد رجال الإدارة اختصاصه دون مراعاة القيود الزمنية الموضوعية لذلك فالموظف تنتهى خدمته عند حد معين يفقد بعده كل صفة فى مزاولة الاعمال العامة كما أن المجالس المنتجة لها مدة معروفة وانوار انعقادها محدده سلفا وعليها أن تحترمها ومخالفتها تؤدي الى ابطال القرارات التى تصدر على خلافها .

ثانيا: عيب مخالفة الشكل أو الاجراءات :

يقصد بذلك العيب عدم التزام الجهة الادارية بالاجراءات والشكليات المطلوبة لاصدار القرارات الادارية بتجاهلها واسقاطها كلية أو بمخالفتها وهذا الوضع لا يمنع من أن قرارات عديدة

لا تنقيد قى صدورها باجراءات أو شكليات خاصة بل قد تكون شفوية فليس ضروريا أن تكون مكتوبة ولكن ذلك الحال لا يعتبر القاعدة وانما الشائع هو اشتراط القانون أو المبادئ القانونية العامة بعض اجراءات وشكليات معينة يتحتم على الادارة اتباعها لاصدار قراراتها والغرض من تقرير هذه الشكليات حماية المصلحة العامة والمصلحة الخاصة على السواء ولكن يجب عدم الاسراف فى تقرير الشكليات حتى لا تتعقد الامور وينقلب الهدف منها الى عكسه فتضار المصلحتان العامة والخاصة - ويلاحظ أن مخالفة الشكل أو الاجراءات المطلوبة لصدور القرار لا تؤدي دائما وحتمًا الى بطلانه وبالتالي الى الغائه وانما تجب التفرقة فى هذا المجال بين نوعين من المخالفة .

النوع الأول : مخالفات الشكليات الجوهرية :

وهذه تصيب القرار وتجمله مضرًا للإلغاء .

النوع الثانى : مخالفة الشكليات الثانوية :

وهذه لا تؤثر على مصلحة

القرار الإداري .

معيار التفرقة بين
الشكليات الجوهرية
والثانوية :

يعتد
راء
عليه
أو إذا
في حالة
الاجراء
حالة سكوت
القائد
سد الشكل أو

الاجراء - جوهريا اذا كان في
استطاعته أن يغير القرار
الإداري الذي اتخذ بمعنى أن
يكون له أثر حاسم على مملك
الإدارة وهي تحدد مضمون
القرار فإذا لم يكن الاجراء
كذلك اعتبر ثانويا ولا يعتبر
تجاهله عيبا يؤثر في شرعية
القرار ومن أمثلة الشكليات
الجوهرية استلزام القانون أخذ
رأى فرد أو هيئة قبل اصدار
القرار والاجراءات التي
يقررها القانون وتأخذ صفة
الضمانات الفردية والتأديبية
مثل حق الدفاع وما يتصل به
وتشكيل الهيئات التأديبية
واجراءات المحاكمة أمامها
والطريق الذي تتبعه لأداء
مهمتها .

حالات تغطية عيب الشكل
والاجراءات :
لا تثار فكرة تغطية عيب

الشكل الا بالنسبة للشكليات
الجوهرية لأن تجاهل
الشكليات الثانوية لا يؤثر كما
عرفنا على مشروعية
القرار - ومخالفة الشكل
الجوهري وإن كانت تعيب
القرار الا أنه في بعض
الظروف وبعض الوسائل
يمكن تصحيح العيب حيث
يعتبر القرار عندئذ سليما
ونوضح ذلك فيما يلي :

١ - الظـــروف
الاستثنائية : تغطي عيب
الشكل اذ قد يضطر الادارة
الى اغفال بعض الشكليات
تحت ضغط هذه الظروف
ولكن القضاء جرى على الحكم
بصححة القرارات في هذه
الحالة بناء على فكرة
المشروعية التي أوجدها في
تلك الظروف .

٢ - رضا صاحب الشأن
بالقرار المعيب :

المسألة هنا خلافية ويذهب
رأى في الفقه والقضاء الى أن
هذا الرضاء يغطي عيب
الشكل ومن ثم فلا يجوز
الطعن فيه بعد ذلك ولكن اذا
نظرنا الى أن الشكل الجوهري
يتعلق الى حد كبير بالنظام
العام فإن الرضاء السابق بالقرار
المعيب يكون عديم الأثر في

تغطية عيب الشكل .

٣ - الإتمام اللاحق
للشكليات :

هذه المسألة خلافية في
الفقه والقضاء اذ يوجد اتجاه
يرفض التسليم بأن الإتمام
اللاحق للشكليات يغطي العيب
لأن التصحيح سيكون بأثر
رجعي وهذا غير جائز ولكن
هناك اتجاه آخر يوافق على
تصحيح الاجراءات الشكلية
بعد صدور القرار ومن ثم فإن
عيب الشكل يمكن تغطيته في
هذه الحالة وذهب رأى الى أن
التصحيح اللاحق يكون جائزا
اذا انصب على خطأ مادي
فقط .

٤ - حالة استحالة اتمام
الشكليات :

تعتبر هذه الحالة تطبيقا
لفكرة القوة القاهرة وهي تغطي
عيب الشكل ونحن لا نحبذ
التوسع في تمكين الادارة من
تصحيح عيب الشكل
فبالاجراءات الشكلية تقوم
كضمان للتزوي وعدم التسرع
واتاحة الفرصة لدى المصلحة
لتصير الادارة بوجه الصالح
العام ويكفي في هذا الصدد
التفرقة بين الشكلية الثانوية
التي لا تؤثر على سلامة
القرار وبين الشكلية الجوهرية

أن الإدارة إذا أصدرت قرارا كان من المستحيل تنفيذه سواء بالنسبة للأفراد أو الموظفين العموميين لأنه أى القرار يعد باطلا تطبيقا للقاعدة الأصولية التي تقضى بأنه لا يكلف أحد بمستحيل .

ومعنى كون محل القرار جائزا :

ألا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب أو حكم القانون فالقرار الذى يقضى بأمر مخالف للنظام العام مثلا باطل بلا شك لأنه يقوم على محل غير جائز والقرار الذى يتضمن تسليم بعض اللاجئين السياسيين باطل لمخالفته لنص الدستور .

ثانيا : المقصود بكلمة القانون :

يقصد بذلك القواعد القانونية المكتوبة (الدستور والقانون العادى) واللوائح والتعليمات والسنشورات المصلحية اللاتحجية وكذلك القواعد العرفية والمبادئ العامة للقانون العام وأحكام القضاء المتمتعة بقوة الشيء المقضى به (أى ذات الحجية) والعقود الادارية والقرارات الادارية السابقة .

والشكل هى رقابة خارجية بعيدة عن فحوى القرار المطعون فيه أما رقبته فيما يتعلق بمخالفة القواعد القانونية فانها رقابة موضوعية تستهدف مطابقة محل القرار الادارى لاحكام القانون العام ومحل القرار الادارى وهو الأثر القانونى الذى يترتب عليه حالا ومباشرة هذا الأثر القانونى ويجب أن تكون ممكنا وجائزا وقائما على مسبب قانونى يبرره وهذه العناصر كلها يخضعها القضاء لرقبته .

ونوضح بخصوص هذا العيب عدة مسائل هى - المقصود بمحل القرار ، المقصود بكلمة القانون وصور مخالفة القانون وكيفية تغطية هذا العيب .

أولا : محل القرار الادارى :

ان محل التصرف القانونى بصفه عامة هو الأثر الذى يحدثه القرار فى الحالة القانونية القائمة وذلك بانشاء مركز قانونى جديد أو تعديل مركز قانونى قديم أو الغائه - ومحل القرار الادارى مثل التصرفات القانونية كلها يجب ان يكون ممكنا وجائزا قانونا ومعنى كون محل القرار ممكنا

التي يتعين استيفاءها ابتداء والتي لا يجوز للدالة أن تصححها لتعطى القرار أثرا رجعيا لأن معنى ذلك منح الادارة رخصة الخروج على قواعد الشكل على أن تصحيح الأوضاع الشكلية فى ميعاد لاحق بعد أن تكون قد وضعت المواطنين امام الامر الواقع مما يتنافى مع المحكمة التي تقوم عليها الاجراءات والشكل .

ثالثا : عيب مخالفة القانون (العيب المتصل بمحل القرار)

عبرت عن هذا الوجه الثالث من أوجه الانغاء المادة الثامنة من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ بقولها أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ فى تطبيقها أو تأويلها وهذا الاصطلاح لو أخذ به على إطلاقه لشمع جميع أوجه الانغاء لأن القانون بالمعنى العام هو الذى يحدد قواعد الاختصاص وقواعد الشكل ولمواجهة هذا النقد جزئيا فإن الفقهاء يستبدلون بمعبارة - مخالفة القانون اصطلاح - مخالفة القواعد القانونية وهذا العيب أهم أوجه الانغاء وعلى الإطلاق وأكثرها تطبيقا فى العمل فرقابة القضاء الادارى فيما يتعلق بالاختصاص

رابعا : كيفية تغطية عيب مخالفة القانون :

يغطي هذا العيب في حالة الظروف الاستثنائية مثال ذلك قرار الإدارة برفض تنفيذ حكم قضائي أى امتناعها عن مد يد المساعدة لتنفيذه يعتبر قرارا باطلا لمخالفته لمبدأ حجية الشيء المقضى به (وهو من المبادئ القانونية العامة) مثل هذا القرار يعتبر صحيحا اذا صدر فى ظروف استثنائية - وقد حكم القضاء بذلك ونحن نرى أن هذا الرأى به خطأ كبير لأن الحكم القضائى النهائى له حجية مطلقة على الكافة سواء الإدارة أو الافراد - ولا يجوز اهدار هذه الحجية سواء كانت الظروف عادية أو استثنائية وصور أى قرار من الإدارة يمنع تنفيذ الأحكام النهائية حتى ولو كانت الظروف استثنائية فهو قرار باطل بل هو قرار معدوم ولا وجود له .. لأن الظروف الاستثنائية لها مجال آخر وليس منها تعطيل تنفيذ الاحكام النهائية .

والقرار الإدارى الذى يوقف تطبيق قانون يكون باطلا لمخالفته لمبدأ تدرج النصوص القانونية -

فى عقد الالتزام المرافق العامة فى حالة مخالفة الشروط للاتحية المقررة فيه لتنظيم المرفق لخدمة الجمهور .

ثالثا : صور مخالفة القانون : قد تكون مخالفة القانون صريحة وعمدية كأن يحرم القانون على الإدارة امرا فائتية .

وقد تأخذ المخالفة صورة فى نصير القانون بحيث تجاوز الإدارة قصد المشرع وتظهر المخالفة كذلك فى حالة ما اذا وضع القانون قيودا معينة على بعض الحقوق أو شروطا معينة لامكان استعمالها ثم تلتى الإدارة وتضيف قيودا أو تشدد الشروط القائمة فان تصرفها على هذا النحو يجعل تصرفها مخالفا للقانون - اذا عمدت الإدارة الى عدم تطبيق القانون وكشف مملكتها عن هذا القصد اعتبر تصرفها مخالفا للقانون .

ملاحظة : النتيجة الحتمية التى ترتب على مخالفة الإدارة للقانون بمعناه العام على حساب التوضيح السابق وعلى أية صورة على النحو سالف الذكر هى بطلان القرار بحيث يكون معرضا للالغاء .

ومعنى ذلك أن كلمة القانون فى مجال عيب مخالفة القانون لا يقصد بها فقط القوانين التى تضعها السلطة التشريعية وإنما تصرف الى كل قاعدة قانونية بالمعنى السابق وحسب تدرج القواعد القانونية يكون هذا القرار معيبا بعيب مخالفة القانون .. ويلاحظ أن المبادئ القانونية العامة تساوى فى قوتها قوة التشريعات العادية وهى مبادئ غير مكتوبة يستخلصها القضاء من الاتجاهات العامة للتشريع ويجب على الإدارة احترامها وهى تصدر قراراتها طالما أن المشرع لم يلغها .

ومخالفة القرار لشروط العقد الإدارى لا تعطى المتعاقد مع الإدارة الحق فى الاعتماد على انتهاك شروط العقد للطعن بالالغاء فى القرار وإنما له أن يلجأ الى قاضى العقد - فوجود دعوى العقد يمنع قبول دعوى الالغاء - تظهر هنا نظرية الدعوى الموازية أو الطعن القابل .

ولكن الغير بالنسبة للعقد يكون لهم حق الطعن بالالغاء فى القرارات الادارية التى تخالف شروط العقد وتضر بمصالحهم وهذا يحدث مثلا

والبطالان هنا بطلان مطلق - ولا يصحح هذا البطلان فى أية ظروف .

فتجاهل الادارة لحكم صادر بالغاء قرار ادارى ومحاولتها تنفيذ القرار الذى سبق الغاؤه مجرد عملها من صفته الشرعية ويجعله من قبيل الاعتداء المادى .

وغنى عن البيان أن الادارة تستطيع اعادة القرار مع تصحيح مالحقه من عيب .. مع ملاحظة أن الدفع بعدم احترام الادارة لحجية الاحكام لا يعتبر متعلقا بالنظام العام وبالتالي لا يملك القاضى أن يثيره من تلقاء نفسه اذا لم يتمسك به الخصوم فى الدعوى .

خامسا : عيب السبب :

يمثل سبب القرار الادارى الحالة القانونية أو الواقعية التى تمسب القرار وتدفع الادارة الى اصداره ويعبارة أخرى يجب بداءة أن يقوم القرار الادارى على حالة واقعية أو قانونية صحيحة تحمل الادارة على التدخل وتدفعها الى اصدار قرارها .

وقد عرف البعض سبب القرار بأنه العنصر الأول للقرار أى السابقة التى تنقده

وتثيره وتكون أساس وجوده وإذا فقد القرار الادارى سببه الصحيح كان معيبا باطلا مستحقا للغاء .

والقضاء الادارى يراقب الوقائع المادية التى يمتد اليها القرار وكذلك يراقب الوصف القانونى للوقائع فاذا لم تكن الوقائع موجودة وحدث فيها خطأ أو كانت الوقائع صحيحة ولكن تكييف الادارة لها من الناحية القانونية غير سليم فإن القضاء الادارى يحكم بالغاء القرار للميب الذى شاب سببه من الناحية المادية أو القانونية - فالقضاء يتأكد قبل صدور الحكم من أن الوقائع المكونة لركن السبب صحيحة ماديا ثم يراقب الوصف القانونى لها ليتأكد من أنها تؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها القرار فهو يبحث فى وجود الوقائع وصحتها وملاءمة تكيفها القانونى الذى يؤدى الى النتيجة التى وصلت اليها الادارة فاذا كانت النتيجة منتزعة من أصول وقائع غير موجودة أو كانت مستخلصة من أصول لا تنتجها أو كان تكييف الوقائع على فرض وجودها ماديا لا يؤدى الى النتيجة التى يتطلبها القانون كان القرار فاقدا لركن

السبب مستوجب الالغاء .

مثال : قرار تأديبى يفصل موظف استند الى وقائع غير صحيحة أو استند الى وقائع صحيحة ولكن تكييفها على أنها جريمة تأديبية غير صحيحة على أساس أن الفعل أو الأفعال المنسوبة الى الموظف لا تعتبر اخلاصا من الموظف بواجبات وظيفته ولا تشمل المملك الواجب لأداء الوظيفة فى مثل هذه الحالة يكون القرار فاقدا لأحد أركانه وهو ركن السبب ومن ثم فانه تعين الغاءه .

ملاحظة : ليس للقضاء أن يتدخل فى مجال البحث عن سبب القرار فى وزن خطورة السبب أو تقدير ملاءمة الأثر الذى رأت السلطة الادارية المختصة ترتيبه عليه .والذى اقتنع به أو اطمأن اليه أو لو الأمر فى استهدافهم للصالح العام .

سادسا : "عيب اساءة استعمال السلطة :

وهذا هو السبب الذى اطلق عليه المشرع فى قانون مجلس الدولة .تسمية اساءة استعمال السلطة وتؤثر أن تسميه بعيب الانحراف التى متعرض لها فيما يعد ويقصد بهذا العيب أن

السلطة بقصد تحقيق غرض سابق أو بقصد الانتفاع الشخصي وكذلك حالة الغش نحو القانون .

وأيضاً حال الاعتداء على قوة الشيء المقضى به فهذا الاعتداء اذا كان مباشراً يؤدي الى ظهور عيب مخالفة القانون ولكن قد يتم الاعتداء بطريقة غير مباشرة ملتوية وعندئذ يتم القرار بعيب امادة استعمال السلطة ويكون من الملامك الاستناد على هذا العيب لطلب الالغاء القرار الادارى .

وقد يحدث الانحراف نتيجة مجانبة قاعدة تخصيص الأهداف كأن تتخذ الادارة قرار لحماية أغراض غير التى قصدها الشارع من منحها سلطة معينة حتى ولو كانت هذه الأغراض تتصل بالصالح العام .. وقد يتمثل الانحراف بالسلطة فى التجاؤء الادارة الى استعمال بعض الاجراءات مكان اجراءات أخرى يتحتم عليها الوصول الى الغرض الذى تريد تحقيقه ومثال ذلك استخدام الادارة لاجراءات الاستيلاء المؤقت بدلا من لاجراءات نزع الملكية الواجب عليها اتباعها لكى تستولى

بالسلطة المبرر لالغاء القرار الادارى يجب أن ينطوى فى القرار ذاته لا فى وتلقع سابقة عليه أو لاحقة له وأن يكون مؤثراً فى توجيه هذا القرار لانقطع الصلة به وأن يقع ممن ملك اصدار القرار لا من اجنبى عنه لايدله فيه - ويجب أن يكون الانحراف بالسلطة متعمدا بمعنى أن يكون الموظف وهو يصدر قراره على علم بأنه ينحرف عن الهدف الذى حدده القانون وأنه يقصد أيضاً ذلك الانحراف . ولما كانت القرارات الإدارية لابد وأن تستهدف الادارة من اصدارها مصلحة عامة وتلك قاعدة لا يرد عليها أى استشارات فان تجاهل الادارة فى قرارها للمصلحة العامة يصيب القرار بعيب امادة استعمال السلطة ونفس العيب يظهر فى القرار فى حالة مخالفة الادارة للهدف الذى حدده القانون لها (الاجراءات التى رسمها لها لاتباعها عند اصدار نوع معين من القرارات .

ومن أبرز صور الانحراف عن للمصلحة العامة اتجاؤء رجل الادارة فى تصرفه الى تحقيق نفع شخصى له أو محابة الغير أو استخدام

يستعمل رجل الادارة سلطته التقديرية لتحقيق غرض غير معترف له به فهو عيب موضوعى يشارك فى هذه الخصيصة عيب مخالفة القانون - ويرتبط هذا العيب بركن الغاية المراد تحقيقها من اصدار القرار ويتعين دائما على مصدر القرار تحقيق المصلحة العامة وهى غاية النشاط الادارى كله أيا كانت صورته .. وقد يحدد القانون للادارة هدفاً معيناً (نطاق المصلحة العامة) يجب أن تعمل على تحقيقه فاذا خرجت عنه ولو كان تصرفها لا يخرجها من نطاق المصلحة العامة كلبية الا أن ذلك التصرف يعتبر انحرافاً عن الهدف المخصص للادارة - وقد تسمى الادارة استعمال الاجراءات الواجب عليها اتباعها بأن تحاول استخدام اجراءات أخرى لا تحوى نفس الضمانات المقررة للأفراد فى الاجراءات التى تجاهلتها الادارة وهذه الحالة ليست سوى صورة من صور مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف .

صور امادة استعمال السلطة أو الانحراف بالسلطة :

ان عيب الانحراف

نهائيا على عقار للمنفعة العامة .

ويترتب على اصابة القرار بمعييب اساءة استعمال السلطة - ونظرا لصعوبة اثبات هذا العيب لا ينصب على عناصر موضوعية وإنما ينصب على عناصر نفسية وذاتية تتصل بمصدر القرار لذلك فقد اعتبر عيب الانحراف بالسلطة سببا احتياطيا بين أسباب الغاء القرار الإداري ومعنى ذلك أن المحكمة لا تلجأ إليه إلا إذا لم تصلح أوجه الالغاء الأخرى التي امتند إليها الطاعن للوصول إلى الغاء القرار .

ملاحظة : توجد صلة وثيقة بين هدف القرار وسببه بحيث يمكن أن يؤدي أحدهما مهمة الآخر أحيانا .

مثال ذلك : معاقبة الإدارة موظف لم يرتكب جريمة تأديبية فالقرار التأديبي الصادر بالعقوبة يمكن الطعن فيه لانعدام السبب القانوني - لعدم وجود جرم تأديبي كما يمكن في نفس الوقت بناء الطعن بالالغاء على أساس الانحراف بالسلطة .

٢ - **الظروف الاستثنائية .** لا يمكن أن تغطي

عيب السبب وأثرهما في التغطية مقصور على العيوب الثلاثة الأخرى - فالظروف الاستثنائية وهي توسع من سلطة الإدارة قصد بها تمكينها من حماية المصلحة العامة ومن ثم فلا يجوز اطلاقا الخروج على هذه المصلحة ويلاحظ من جهة أخرى أن القاضي يستطيع التصدي لعيب عدم الاختصاص ولو لم يثره الطاعن وعلى ذلك تعلق العيب المذكور بالنظام العام والمبادئ أن العيوب الأخرى تقاس على عيب الانحراف بالسلطة ومعنى ذلك أن القاضي لا يتصدى لها من تلقاء نفسه وإنما بناء على إثارة الطاعن لها .

وقف تنفيذ القرارات الإدارية :

إن الطعن بالالغاء في قرار ما لا يؤدي إلى وقف تنفيذ القرار إلا إذا نص المشرع على ذلك وقد نص القانون الحالي لمجلس الدولة في المادة ٢١ منه على ما يأتي :

لا يترتب على رفع الطلب إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب الغاء على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذ إذا طلب ذلك في صحيفة

الدعوى ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها .. وبالنسبة للقرارات التي لا يقبل الغائها قبل النظم منها إداريا ولا يجوز طلب وقف تنفيذها على أنه يجوز للمحكمة بناء على طلب المنتظم أن تحكم مؤقتا باستمرار صرف مرتبه كله أو بعضه إذا كان القرار صادرا بالفصل أو بالوقف فإذا حكم له بهذا الطلب ثم رفض طلبه ولم يرفع دعوى الالغاء في الميعاد اعتبر الحكم كأن لم يكن واسترد منه ما قبضه .

شروط وقف التنفيذ :

يجب لامكان وقف تنفيذ القرار الإداري توافر الشروط الآتية :

١ - أن يطلب الطاعن صراحة في صحيفة دعوى الالغاء وقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه .

٢ - قيام حالة الاستعجال التي تبرر طلب وقف التنفيذ ويتوافر الاستعجال إذا كانت نتائج التنفيذ المباشر يتعذر تداركها وإزالتها تماما إذا ما قضى بعد ذلك في موضوع الدعوى بالغاء القرار المطعون فيه .

٣ - احتمال الغاء القرار

الادارى ومعنى ذلك أن يكون ادعاء الطاعن حسب الظاهر قائما على أسباب جديّة تبرر ونكتشف عن احتمال الغاء القرار موضوعيا .

اثبات الانحراف أمام القضاء الادارى المصرى :

اقتصر المشرع فى قوانين مجلس الدولة المختلفة على ذكر أوجه الالغاء الأربعة فلم يشر الى وسائل اثباتها من قريب أو بعيد وهو بهذا يكون قد ترك الأمر للقضاء الادارى ليفصل فيه طبقا للقواعد العامة ولطبيعة العلاقة التى تربط بين القضاء الادارى وبين الإدارة العامة وتكشف الاحكام الكثيرة التى صدرت حتى الآن عن أن مجلس الدولة المصرى يتبع كقاعدة عامة الأسس الكبرى التى يسير عليها مجلس الدولة الفرنسى فى اثبات عيب الانحراف بل أن محكمة القضاء الادارى تشير فى بعض أحكامها صراحة الى خطة مجلس الدولة الفرنسى ومن ذلك حكمها الصادر فى ١٦ مايو ١٩٥٧ حيث تؤكد أن لفقه والقضاء قد استقر على أن أثبات عيب اساءة استعمال السلطة يكون عن طريق اعتراف الإدارة أو من ملف الخدمة والأوراق والظروف المحيطة بصور القرار فانه

يستصوب فى حالة الترفية بالاختيار أن تبين الإدارة أسباب قرارها والمصادر التى استلقت منها الامباب وأوجه الترجيح فى المفاضلة بين المرشحين .

٢ - ويقع دليل الانحراف - على عاتق المدعى بحيث اذا عجز عن تقديم الدليل خسر دعواه وبهذا المعنى تقول المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٩٦١/٦/٢٤ لا جدال فى أن الجهة الادارية تتمتع فى هذا الخصوص بسلطة تقديرية ولا يحد سلطتها هذه الا الانحراف أو سوء استعمال السلطة وهما أمران عجز المطعون ضدهم افرادا وجماعة عن اسنادها لها أو التلتليل عليهما .

٣ - وكما هو الشأن أمام مجلس الدولة الفرنسى فإن مجلس الدولة المصرى قد أقر بعض قرائن على أنها دليل على الانحراف ومن ذلك : التمييز بين الافراد فى المعاملة ومن تطبيقات هذه القرينة - حكم لمحكمة القضاء الادارى جاء فيه أنه اذا تبين للمحكمة أنه لم يكن هناك سبب بشخص المدعين أو بموقع محلها يدعو الترخيص لهما فى ذلك ، بيع الخمر ، كما أنه يوجد بالحي الكائن به الكثير

من محال بيع الخمر لذلك لا يكون هناك أنفى مبرر - لرفض الوزارة الترخيص لهما فى ذلك وعلى ذلك يكون القرار الصادر برفض الترخيص لهما مخالفا لروح القانون مشوبا باساءة استعمال السلطة .. وحكمها الصادر فى ١٥ مايو ١٩٥٨ حيث تقول - متى كانت الإدارة فى قرارها المطعون فيه القاضى بتعيين بعض زملاء المدعى قد قامت بتعيين من عينتهم فتخطية المدعى مع أنه واقرانه كانوا فى ظروف متماثلة وتجمعهم طبيعة واحدة ومستوى فنى ومن ثم فإن اغفاله فى التعيين وعدم وزنه بالميزان العادل مقارنا بزملائه يكون قد أدى بالإدارة الى الانحراف فى استعمال سلطتها .

وبعد فهذه خلاصة مجهود متواضع فى هذا البحث اجتهندا فيه فى نطاق قدرتنا المتواضعة عسى أن تكون قد وفقتا فيه بالقدر الذى يساعد الزملاء الأفاضل فى هذا المجال ونأمل الله أن يوفقتا لما فيه الخير . وحتى تصل الى الهدف المنشود فى هذا المجال وهو مجال حى يزخر بما هو جيد . فالقضاء الادارى قضاء انشائى يبحث عن الحلول لكل مشكلة ادارية .

الزنا بين الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية

السيد الأستاذ / على شافعى
المحامى بالاستئناف العالى

العقوبة. لابد وأن يتم بإثبات أربعة شهود تطبيقاً لقول الله عز وجل ﴿وَاللّٰتِي يَأْتِيْنَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِّسَابِكُمْ فَاَسْتَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ اَرْبَعَةٌ مِنْكُمْ ۙ﴾ وقوله عز وجل ﴿وَلَا جَامِعًا عَلَيْهِ اَرْبَعَةٌ شُهَدَاءُ فَآذَا لَمْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ فَلَوْلِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمْ الْكَاذِبُونَ ۙ﴾ ويشترط فى الشاهد البلوغ والعقل والرؤية والاسلام .

ويشترط أيضاً أن يكون الشاهد قد شاهد الجريمة بنفسه وأبصرها حال ارتكابها . وأن يكون الشهود الاربعة حاضرين وقت ارتكاب الجريمة أو لا يكون هناك بينهم . تناقض فى رواية كل منهم . أن لا يختلفوا حول ظروف ومكان وزمان وأشخاص الجريمة .

كما يكون اثبات وقوع الجريمة بالاعتراف وكما أتفق عليه هو سيد الأدلة حيث أنه اقرار صريح من الجانى

الاسلامية أن يحاط الشخص المرتكب الجريمة من جميع الاتجاهات ويرمى ممن يشهد توقيع العقوبة بالحجارة الغليظة حتى يموت الزانى .

أما عقوبة الجلد فهى للزانى البكر أى غير المتزوج وقد اشترط فى هذه العقوبة أيضاً أن يشهد العقوبة طائفة من المسلمين لقوله عز وجل ﴿وَلْيَشْهَدْ طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ ۙ﴾ ذلك وأن يكون الجلد على الظهر وأن يكون الضرب غير مبرحسا ، واشترط جمهور الفقهاء أن لا يقام الحد على الحامل حتى تلد ولا على المريض حتى الشفاء .

ولخطورة توقيع للعقوبة السالفة فإن الشريعة الاسلامية وضعت شروطاً وقيوداً على توقيع العقوبة فيما يعرف بالمصطلح الحديث أدلة الثبوت لتوقيع العقوبة .

ولا خلاف فى أن توقيع

أولاً : أحكام الزنا فى الشريعة الاسلامية .

حرم الله تعالى الزنا لخطورته الاجتماعية ولتعلق الزنا باختلاط الانساب لذلك كان عقوبة الزنا فى الشريعة الاسلامية شديدة لخطورة الجريمة واختلفت بين الرجل المحصن وغير المحصن فأصبحت الرجم وأن كان غير محصن فالعقوبة الجلد وذلك بنزول الآية الكريمة ﴿ الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة فى دين الله ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ۙ﴾ (١) وقد ثبت عقوبة الرجم بقول النبى ﷺ .

خذوا عنى فقد جعل الله لهن سبيلاً - الثيب بالثيب والبكر بالبكر والثيب جلد مائة ثم رجم بالحجارة والبكر جلد مائة ثم نفى سنة .

والرجم فى الشريعة

بارتكاب الفعل والاعتراف في جريمة الزنا حجة على الشخص المعترف ولا يتعدى ذلك على الشخص الآخر المرتكب معه الجريمة - إلا إذا أعترف الأخير أيضا على نفسه ويحق أن يراعى بواعث وظروف هذا الاعتراف كما أن الاعتراف مقيد بالآخذ به فلا بد وأن يكون متطابقا مع الواقع ويشترط قبل توقيع العقوبة - أن لا يعمل شخص المعترف ويشترط في أن يكون شخص المعترف كامل الأهلية - عاقل - لا تعيب إرادته أحد موانع الأهلية كالعته أو الجنون^(١).

ثانيا : أحكام الزنا في قانون العقوبات والإجراءات الجنائية :

اختلفت أحكام الزنا في القانون المصري عن أحكام الشريعة اختلافا كبيرا وسأيرت في ذلك القانون الوضعي لبعض الدول الأجنبية والتي أعتبرت أن هذه الجريمة حق من الحقوق الشخصية . بل أنها في وضع آخر . استنتت قاعدة غريبة كما يقول الدكتور / رؤف عبيد قاعدة المقاصة في الجرائم ذلك أن المادة ٢٧٣ أباحت للزوجة

ارتكاب جريمة الزنا مقابل زنا الزوج^(٢) وعلى هذا للنحو فإن قانون العقوبات أورد ونظم هذه الجريمة في المواد الآتية :

مادة ٢٧٣ - لا يجوز محاكمة الزانية إلا بناء على دعوى زوجها ألا أنه إذا زنى الزوج في المسكن المقيم فيه مع زوجته كالمبين في المادة ٢٧٧ لا تسمع دعواه عليها .
مادة ٢٧٤ - المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين لكن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت .

مادة ٢٧٥ - ويمعاقب أيضا الزانى بتلك المرأة بنفس العقوبة .

مادة ٢٧٦ - الإذلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هي القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو اعترافه أو وجود مكاتب أو أوراق أخرى مكتوبة منه أو وجوده في منزل مسلم في المسجل المخصص للحريم .

مادة ٢٧٧ - كل زوج زنى في منزل الزوجية وثبت عليه هذا الأمر بدعوى

الزوجة يجازى بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور .

ومن استقراء النصوص السابقة وبإلقاء الضوء عليها نجد أنها اختلفت جملة وتفصيلا عن ما هو مقرر بالشريعة الغراء نحو بيان الجريمة وأدائها وعقوبتها على النحو الآتي :

أولا : أن القانون الوضعي قلل من شأن الجريمة واعتبرها من الجرائم البسيطة والتي لا ترقى في عقوبتها عن بعض الجرائم الأخلاقية الأخرى كجريمة هناك العرض أو القذف مثلا .

ثانيا : أن القانون الوضعي حجب حق المجتمع في تجريك الدعوى الجنائية وتوقيع العقوبة الجنائية . على الزانية وذلك بعدم جواز محاكمة الزانية إلا بناء على دعوى الزوج (المادة ٢٧٣ ع) .

ثالثا : أباح القانون الوضعي بمفهوم المخالفة الزنا للزوجة في حالة الزوج في ذات المسكن المقيم فيه زوجته (المادة ٢٧٣ ع) .

رابعا : للنزول بالعقوبة الى حد العدم بين ما قرره الشريعة الإسلامية - الرجم

ومسكن الزوجية هو المسكن الذى يقيم فيه الزوجان سواء المسكن الذى يقيم فيه الزوجان بصفة دائمة أو بصفة مؤقتة كما أن الذى يثير الدهشة والغرابة فى خطورة هذه الجريمة فإن توقيع العقوبة وتحريك الدعوى الجنائية يرتطم ويتصادم مع المادة ١/٣ من قانون الاجراءات الجنائية على النحو الآتى :

ففى المادة ١/٣ من قانون الاجراءات الجنائية لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية الا بناء على شكوى شفهية أو كتابية من المجنى عليه أو من وكيله الخاص الى النيابة العامة أو الى أحد من مأمورى الضبط القضائى فى الجرائم المنصوص عليها فى المواد ١٨٥ ، ٢٧٤ ، ٢٧٧ ، ٢٧٩ ، ٢٩٢ ، ٣٠٣ ، ٣٠٦ ، ٣٠٧ ، ٣٠٨ عقوبات ويهمنها فى هذه المادة .

- جريمة زنا الزوجية
المادة ٢٧٣ عقوبات .
- جريمة زنا الزوج المادة ٢٧٧ عقوبات .

واتفق الفقه على تعريف الشكوى بأنها تبليغ من المجنى عليه أو ممن يقوم مقامه الى السلطات العامة عن جريمة

مكتوبة منه أو وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم بل أنه صدر الحكم فى الطعن (رقم ٩٦٧ لسنة ١١ ق جملة ٤١/٦/١٩) وقرر أن المادة ٢٦٧ من قانون العقوبات المقابلة للمادة ٢٢٨ من قانون العقوبات القديم لم تقصد بالمتهم بالزنا فى قولها أن الالة التى تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هى القبض عليه حين تلبسه بالفعل .

ثانيا : جريمة زنا الزوج فى القانون الوضعى .
وهى لا تختلف عن الشروط المتمثلة فى جريمة زنا الزوجة وهو توافر الركن المادى بارتكاب فعل الواطىء وأن يرتكب الزوج الجريمة أثناء وقوع الحياة الزوجية بعقد رسمى أو صحيح (عرفى) .

وكذلك توافر ركن العلم (القصد الجنائى) أن الزوج متزوج بأخرى أثناء ارتكاب واقعة الزنا .

وأضافت المادة ٢٧٧ شرط واحدا - وهو :

أن يتم الفعل من جانب الزوج فى ممكن الزوجية

أو الجلد الى توقيع العقوبة على المرأة المتزوجة بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين فى القانون الوضعى . المادة ٢٧٤ عقوبات .

وقررت أيضا المادة ٢٧٥ ع ذات العقوبات على الزانى .

وقررت أيضا المادة ٢٧٧ ع بحبس الزوج اذا ثبت عليه هذا الأمر بدعوى الزوجة مدة لا تزيد على ستة شهور .

خامسا : حجب سلطة المجتمع فى توقيع العقوبة عند طلب الزوج وقف تنفيذ العقوبة بشرط رضاه معاشرته وزوجته الزانية .

سادسا : أن الجريمة لا تقوم على الزوج - ألا اذا ارتكب الجريمة فى منزل الزوجة ؟

سابعاً : فى أدلة الثبوت فان الشريعة الاسلامية قررت لتوقيع الرجم أو الجلد . أما الاعتراف أو أن يشهد الواقعة أربعة شهود عدل كما أسلفنا أما القانون الوضعى فقد قرر أن الالة التى تقبل وتكون حجة على المتهم هى التلبس عند وقوع الفعل أو اعترافه أو وجود مكاتب أو أوراق أخرى

تحريك دعوى الزنا ويشترط في جريمة الزنا شرط خاص في أنه يسقط حق الزوج في تقديم الشكوى عن زوجته الزانية إذا كان قد سبق له الزنا في السكن المقيم فيه مع زوجته الزانية ويثور سؤالان حول طلاق الزوج لزوجته الزانية .

السؤال الأول : ما هو أثر طلاق الزوج على الزوجة الزانية إذا قدم المطلق شكواه في زوجته الزانية بعد طلاقه منها .

أختلف الفقهاء وذهب الرأي الراجح إلى أن الطلاق سواء كان بائناً بينونة صغرى أو بائناً بينونة كبرى فإن ذلك يسقط حق الزوج وذهب رأى آخر أن هذا الحق لا يسقط باعتبار أن دعوى الزنا هي من الجرائم التي تمتص المجتمع وهذا رأى لا محل ولا يعول عليه مع صراحة النص في شرط الزوجة لصحة البلاغ عن الزوجة الزانية .

السؤال الثاني : إذا قام الزوج بطلاق زوجته الزانية بعد الإبلاغ هل يسقط حق الزوج في طلب تحريك الدعوى .

ذهب الرأي الراجح أن هذا

١ - وقوع الفعل المادى المكون لجريمة الزنا وهو فعل الوطء .

٢ - أن تكون الزوجية قائمة وقت ارتكاب الفعل .

٣ - الركن المعنوى - المتمثل في القصد الجنائى .

أولاً : الفعل المادى (الوطء) .

والوطء هو ايلاج الذكر في المكان المخصص له في الأنثى المحرم عليه أما غير هذا الفعل فلا يندرج جريمة الزنا .

ثانياً : أن يكون الفعل المادى أثناء قيام الزوجية وعلى ذلك تقوم الجريمة بالعقد الرسمى (الموثق) أو العقد العرفى إذا كان صحيحاً - أو في فترة العدة التي تلحق بالطلاق الرجعى ولا تقوم الجريمة عند الطلاق البائن أو عند وفاة الزوج .

ثالثاً : أما عن شرط القصد الجنائى والمتمثل في العلم والأدراك فيكفى أن تعلم المرأة أنها حببته زوج لها بعقد زواج رسمى أو صحيح .

ويطلب من الشاكى الادعاء مندياً - وألا يحكم بعدم جواز سماع الدعوى أى

معينة وإذا كانت الشكوى بوكيل خاص ولاحقاً للشكوى وإذا كانت الدعوى الجنائية قد حركت بواسطة الادعاء المباشر وتعتبر بمثابة شكوى وعلى ذلك فإنه وعلى ذلك فإنه يقصد بكلمة دعوى الواردة ٢٧٣ ، ٢٧٧ عقوبات هو مجرد شكوى الزوج (١) . ويلاحظ أنه طبقاً لنص المادة ٢/٣ إجراءات في أن الشكوى لا تقبل بعد ثلاثة أشهر من تاريخ علم المجنى عليه بالجريمة وبمركبها ما لم ينص على خلاف ذلك .

أو اعترافه لم تقصد بذلك سوى الرجل الذى يرتكب الزنا مع المرأة فائبات الزنا عليها يكون بطرق كافة للقواعد العامة . وعلى ذلك فإن القانون الوضعى متمثلاً في المواد من ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٧٥ ، ٢٧٦ ، ٢٧٧ من قانون العقوبات قد حدد فعل الارتكاب أو وقوع الجريمة شروط وقواعد مختلفة بين وزنى الجريمة على النحو الآتى :

أولاً : جريمة زنا الزوجة :

فانه يلزم لوقوع جريمة زنا الزوجة أركان ثلاثة :

النص لم يكن لها سابقة في أي من النساتير المصرية المتعاقبة .

وحيث أنه لما كان من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع - بعد تعديل المادة الثانية من الدستور في ٢٢ مايو ١٩٨٠ - لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض هذا الإلزام ، بحيث إذا انطوى أي منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية ، أما التشريعات السابقة على هذا التاريخ فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصورها فعلا من قبله أي في وقت لم يكن فيه القيد المتضمن هذا الإلزام قائما واجب الاعمال ز ومن ثم فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن هذا القيد وهو مناط الرقابة الدستورية .

وحيث أنه ترتباً على ما تقدم ، ولما كان مبنى الطعن هو مخالفة المواد ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٧٥ ، ٢٧٦ من

بينت الشريعة الإسلامية أركانها وكيفية اثباتها والعقوبة المقررة لها والحالات التي يمتنع فيها الحد أو تؤدي إلى إسقاطه هذه المبادئ حددت بمحكمة بندر ميت غمر والتي قضت بجلسة ١٩٨٨/٧/١١ بوقف دعوى كانت منظورة أمامها والتي طلبت فيها النيابة تطبيق المواد ٤١ ، ٢٧٣ ، ٢٧٤ ، ٢٧٥ ، ٢٧٦ والحالة الدعوى إلى المحكمة الدستورية للفصل فسي الدستورية هذه الدعوى رقم ٣٤ لسنة ١٠ قضائية أصدرت المحكمة الدستورية العليا حكماً برفض الدعوى وورد في أسباب هذا الحكم .

وحيث أنه يبين من تعديل الدستور الذي تم بتاريخ ٢٢ مايو ١٩٨٠ أن المادة الثانية منه أصبحت تنص على أن :
الاسلام دين الدولة واللغة لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع ، بعد أن كانت تنص عند صدور الدستور في ١١ سبتمبر ١٩٧١ على أن :
الاسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع ،
والعبارة الأخيرة من هذا

الطلاق يسقط حق الزوج في طلب تحريك الدعوى الجنائية وذلك وقف تنفيذ العقوبة .

حيث اشترطت المادة ٢٧٤ عقوبات حق الزوج في وقف تنفيذ العقوبة بشرط رضاه معاشرته له وهو شرط لن يتحقق بوقوع الطلاق الا اذا راجع الزوج زوجته وأعادها الى عضيته مما سبق تنضج العقوبات الهزيلة التي وضعها المشرع لجريمة من أخطر الجرائم الاجتماعية فضلاً عما أوجده المشرع في قانون الاجراءات الجنائية من عقوبات للنيابة العامة في اتخاذ شئونها نحو التصرف في الدعوى وطلب توقيع العقوبة - بل أنه حتى ومع صدور العقوبة الهزيلة التي وضعها المشرع - يجوز للزوج التنازل عن تطبيق هذه العقوبة ويضيق حد الشرع وحد الشريعة الغراء بقانون وضعي هزيل - غريب في نصوصه على مبادئ ديننا الامر الذي يصبح معه حتمية تعديل هذه النصوص التي تخالف مبادئ الشريعة الإسلامية التي أصبحت طبقاً للمادة الثانية من الدستور المصدر الرئيسي للتشريع باعتبار أن جريمة الزنا من جرائم الحدود إلى

فانه لا يصبح الا أن تهيب معه وفي أقرب فرصة تشريعية الغاء هذه النصوص في تحديد ماهية هذه الجريمة وعقوبتها وجعلها متفقة وأحكام الشريعة ولا مانع في تفريد دائرة الإثبات وتعديل العقوبة مع بسط حق النيابة في تحريك الدعوى الجنائية وتوقيع العقوبة عند ثبوت الإدانة من غير حق الزوج في الغاء توقيع العقوبة أو طلب تحريك الدعوى الجنائية .

بعد التاريخ المذكور ، فإن النعى عليها وحالتها هذه مخالفة المادة الثانية من الدستور - وأيا كان وجه الرأي في تعارضها مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون في غير محله ، الأمر الذي يتعين معه الحكم برفض الدعوى .

وحيث والحال كذلك وبعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا برفض دعوى عدم دستورية هذه النصوص

قانون العقوبات للمادة الثانية من الدستور لخروجها على مبادئ الشريعة الإسلامية التي تجعل الزنا من جرائم الحدود على ما سلف بيانه ، وإذا كان القيد المقرر بمقتضى هذه المادة - بعد تعديلها في ٢٢ مايو ١٩٨٠ والمتضمن إلزام المشرع بعدم مخالفة الشريعة الإسلامية ولا يتأتى أعماله بالنسبة للتشريعات السابقة عليه ، وكانت المواد المشار إليها من قانون العقوبات لم يلحقها أى تعديل

مواش

١ - النور ٢

٢ - النساء ١٥

٣ - النور ١٣

٤ - حد الزنا بين الشريعة والقانون الوضعي للإستاذ / على عبد اللاه بحث منشور بمجلة المحاماة العدد الخامس السنة ٦٠ .

٥ - كتاب المبادئ في الإجراءات الجنائية ص ٧٠ للدكتور / رؤف عبيد طبعة ١٩٧٥ .

٦ - طعن رقم ٦٩٧ لسنة ٧١ جلسة ١٩٤١/٥ .

في رخاب الله

بكل الحزن والأسى .. وبكل الإيمان بقضاء الله وقدره ينعي مجلس النقابة زملاء أعراف إنتقلوا إلى رحمة الله تعالى .. أفئدتهم المحاماة وكانوا لها سنداً .. ويتضرع المجلس إلى العلى القدير أن يتقدمهم برحمته وأن يسكنهم مسبح جناته .. وأن يلهم أسرهم وزوئهم وزملائهم الصبر والسلوان .

المحامى	السيد الاستاذ / نصر الدين صاوى
المحامى	السيد الاستاذ / محمد رشاد حسن لطفي
المحامى	السيد الاستاذ / عاطف الطيراوى
المحامى	السيد الاستاذ / محمد عطية القرشى
المحامى	السيد الاستاذ / مصطفى محمد عاشور
المحامى	السيد الاستاذ الدكتور / محمد سلطان
المحامى	السيد الاستاذ / يوسف عز الدين الغريانى
المحامى	السيد الاستاذ / لبيب توما
المحامى	السيد الاستاذ / صادق أمين
المحامى	السيد الاستاذ / بشرى صبرى حليم
المحامى	السيد الاستاذ / مكرم يس
المحامى	السيد الاستاذ / مصطفى احمد خليل
المحامى	السيد الاستاذ / عبدالعزيز احمد حجازى
المحامى	السيد الاستاذ / بشير أداوى ناصف
المحامى	السيد الاستاذ / محمد رشاد محمود متولى
المحامى	السيد الاستاذ / اسحق جرجس نجيب

تتمة

لما كان الطعن الذي قدم ضد قرارات الجمعية العمومية المنعقدة في ١٩٨٨/١١/٢٥ بشأن زيادة المعاشات قد انقضى امره بإبرام القرارات الصادرة من الجمعية لذلك وتنفيذاً لهذه القرارات .

قرر مجلس النقابة بجلسته المنعقدة بتاريخ ١٩٩١/١٢/٥ تنفيذ قرارات الجمعية العمومية اعتباراً من ١٩٩٢/١/١ .

أولاً - الاشتراكات :

ق جنيه	الجدول العام
٨ ر ٧٠	ابتدائي أقل من ٣ سنوات
٢٢ ر ٧٠	ابتدائي أكثر من ٣ سنوات
٢٦ ر ٧٠	استئناف عالي ومجلس الدولة
٧٧ ر ٧٠	نقض
١٥٢ ر ٧٠	

ثانياً - التمتع :

٢ جنيه	المحاكم الجزائية
٤ جنيه	المحاكم الابتدائية وما يعادلها
٦ جنيه	محاكم الاستئناف وما يعادلها
٢٠ جنيه	محكمة للنقض وما يعادلها

(انظر خلفه) .

تذكرة : الرسوم وحصة المساهمة المطلوبة للتدبير الجيد للمخاض حسب النسب والدرجة التي مررت وتحدد في التالي مضمونها

التدبير الجيد مع الاستئناف			التدبير الجيد مع الإبقاء			التدبير الجيد العام			الدرجة المسند
الاجمالي	جنيته	الرسوم والتعديلات	الاجمالي	جنيته	الرسوم والتعديلات	الاجمالي	جنيته	الرسوم والتعديلات	
جنيته	جنيته	جنيته	جنيته	جنيته	جنيته	جنيته	جنيته	جنيته	السن الأولى من ٢٠ سنة
٦٠٤	١٥٠	٤٥٤	٢٢٩	١٠٠	٢٤٩	١٧٠	٥٥	١١٥	من ٢٠ من ٢٥ سنة
١٠٠٤	١٥٠	٨٥٤	٧٤٩	١٠٠	٦٤٩	٥٧٠	٥٥	٥١٥	من ٢٥ من ٣٥ سنة
١٥٠٤	١٥٠	١٣٥٤	١٢٤٩	١٠٠	١١٤٩	١٠٧٠	٥٥	١٠١٥	من ٤٠ من ٤٥ سنة
٢٥٠٤	١٥٠	٢٣٥٤	٢٢٤٩	١٠٠	٢١٤٩	٢٠٧٠	٥٥	٢٠١٥	من ٥٠ من ٥٥ سنة
٤٠٠٤	١٥٠	٣٨٥٤	٣٧٤٩	١٠٠	٣١٤٩	لا يجوز تقديم الجيد العام فقط طيلة الثلاثين المساهمة			من ٦٠ من ٦٠ سنة
٥٥٠٤	١٥٠	٥٣٥٤	٥٢٤٩	١٠٠	٥١٤٩				من ٦٠ من ٦٠ سنة فما فوق

والله اعلم ،

الرسوم المطلوبة لرفع القيمة من الدرجة التي مررت وتحدد في التالي مضمونها

نقيب المحامين
أحمد الخواجة

أمين صندوق النقابة
محمود عبد الصمد سليمان
عضو مجلس نقابة المحامين

الدرجة المطلوبة	الرسوم والتعديلات	الاجمالي
من جزئي الى ايماني	١٤٦	جنيته ١٧١
من ايماني الى مستئناف	٢٣٠	جنيته ٣٥
من مستئناف الى نقلي	٤٠٥	جنيته ١٠٥

الإعلانات القضائية

المادة ١٧٤ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣

بموجب عقد مسجل ملخصه رقم ١١٥٢ لسنة ١٩٩١
بمحكمة الجيزة تكونت شركة توصية بين احمد وطارق
وعمر و محمد مندور ابو النجا وشركاء متضامنين وشريك
موصى مذكور بالعقد عنوانها احمد محمد مندور ابو النجا
وشركاه غرضها مخبز بلدى نصف الى مركزها الحاجر
مركز امبابه رأسمالها ٥٠٠٠ جنيه منها خمس سنوات
تبدأ ١٩٩١/٧/٧ قابلة للتجديد . حق الادارة والتوقيع
للطرف الاول .

فهرس العدد

الصفحة

تقديم

للسيد الأستاذ عصمت الهوارى - سكرتير التحرير

أولاً : الأحكام

- من قضاء المحاكم ٣

ثانياً : الأبحاث

- الطبعة القانونية للجان الطعن بالضريبي
دكتور / أسامة الشنلوى
المستشار بمحاكم الاستئناف ومساعد المدعى الاشتراكى ١٨
- حول مفهوم القانون المعد بمعرفة الأطراف فى العقود الخاصة بالدولية
للمستشار الدكتور / منير عبد المجيد ٤٢
- التشريع الضريبي وضريبة المبيعات كمفتاح للخروج من الأزمات
الاقتصادية بمصر
للسيد الأستاذ / حسن شبريه
نقيب المحامين بالقاهرة ٧٣
- أصول التكليف فى المواد الجنائية
للسيد الأستاذ المستشار / عبد الفتاح مراد
رئيس محكمة الاسكندرية ٨٦
- مدى أحقية متلقى الامتياز التجارى فى التعويض عن عدم تجديد عقده
للسيد الدكتور / محمد حمام محمود لطفى
رئيس قسم القانون المدنى - حقوق القاهرة ١٠٠
- حقوق الانسان أمام القضاء فى الاسلام
للمستشار / البشرى محمد الشورى - محكمة النقض ١٢١
- التماج لشركات من الناحية للقانونية والاجرائية
للسيد الأستاذ / عبد المنعم محمد مطبق
المحامى بالنقض ١٣٨
- اساءة استخدام الحق فى الادعاء المباشر
للسيد الأستاذ / صابر الرماح
المحامى بالاستئناف العالى ١٤٩
- بحث فى لشروط الموضوعية لدعوى الإفناء أوجه لفناء القرار الإدارى
للسيد الأستاذ / السيد إبراهيم قصه
المحامى بالاستئناف العالى ١٥٤
- الزنا بين الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية
للمسيد الأستاذ / على شافعى
المحامى بالاستئناف العالى ١٦٦

مقالات

في كلمات

حياتى هي رسالتى .

المهاتما غاندى

• • •

العدل جنة المظلوم وجحيم الظالم .

أمير المؤمنين عمر بن الخطاب

• • •

هل أدلكم على أفضل شيء يضاف إلى شيء ؟ حلم يضاف إلى علم .
الإمام الشافعي رضي الله عنه

• • •

حرية الصحافة كالماء والهواء ، لا يجوز حرمان أحد منها .
المفطور له شهيد الحرية نكتور / عزيز فهمي المحاسي

• • •

من خذلته أسرته ، لم تأت من الأبعاد نصبرته .
الشاعر أحمد شوقي

• • •

الخوف من الله يزيل الخوف من الناس ، والخوف من الناس يزيل الخوف
من الله .

حكيم

• • •

لا نجاح لأمة نهبت أحكام دينها ظهرياً ، ولا فلاح لقوم استبعدوا لشهواتهم.
للزعيم الناصر أحمد عرابي

• • •

إن السماء ترى ، ولكنها ترى بعيون الشعوب ، وإنها تسمع ، ولكنها
تسمع بأذان الشعوب .

كونفوشيوس

قالوا عن المحاماة

المحاماة علم وخلق ، ونجدة وشجاعة ، وثقافة وتفكير ، ودرس وتمحيص ، وبلاغة وتذكير ، ومثابرة وجلد ، وثقة في النفس ، واستقلال في الحياة ، وأمانة واستقامة ، وإخلاص في الدفاع .

المفطور له

الأستاذ النقيب الأسبق عبدالرحمن الراجحي

طو الطباعة الحديثة
ت : ٩٨٣١٨

العددان التاسع والعاشر - نوفمبر وديسمبر ١٩٩١ - السنة الحادية والسبعون

بسم الله الرحمن الرحيم

يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون كبر مقتاً عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون إن الله يحب الذين يقاتلون في سبيله صفاً كأنهم بنيان مرصوص .
صدق الله العظيم

النقاضي امام الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع

للسيد الدكتور / حسنى درويش عبد الحيد
المستشار المساعد بمجلس الدولة

حق النقد ومكانه فى التشريع الجنايى المصرى

للسيد الاستاذ / احمد جمعه شحاته المحامى بالنقض

ضوابط وحدود التحريات الشرطية امام القضاء

للسيد الدكتور / قدرى عبد الفتاح الشهاوى
المحامى بالنقض

احكام المخدرات فى الشريعة الاسلامية

للسيد الاستاذ المستشار / عبد الفتاح مراد
رئيس محكمة الإسكندرية

نحو " مفهوم جديد لنظرية الظروف الطارئة "

للسيد الاستاذ / محمود رضا ابو قمر
المحامى بالإستئناف العالى

الإببات الجنائى ومدى حرية القاضي فى تكوين عقيدته

للسيد الاستاذ / محمد ناجى عبد الحكيم المحامى

كلمات من نور

قال صلى الله عليه وسلم:

لا يستر عيد عيلاً في الدنيا إلا ستره الله يوم القيامة .

وقال صلى الله عليه وسلم:

لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه .

وقال صلى الله عليه وسلم:

المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده ، والمهاجر من هجر

ما نهى الله عنه .

وقال صلى الله عليه وسلم:

مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم ، مثل الجسد إذا اشتكى منه

عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى .

وقال صلى الله عليه وسلم:

المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً .

وقال صلى الله عليه وسلم:

من لا يرحم الناس لا يرحمه الله .

وقال صلى الله عليه وسلم:

إن المقسطين عند الله على منابر من نور ، الذين يعدلون في حكمهم

وأهلهم وماولوا .

وقال صلى الله عليه وسلم:

أهل الجنة ثلاثة : ذو سلطان مقسط موفق ، ورجل رحيم رقيق القلب لكل

ذى قربى ومسلم ، وعفيف ذو عيال .

« صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم »

يقولون أن الماء والهواء من ضرورات الحياة ، ولكن علينا أن نقول أن استقلال القضاء فى مقدمة تلك الضرورات ..

فالحىوان يتنفس ويرتوى بالماء ، ولكن تظل شريعة الغاب هى السائدة .. إلا أن الإنسان يسمو ويرتقى بقدر ما يحققه له القضاء من عدل يصون كرامته ، ويحمى حريته ، ويحافظ على حقوقه ضد كل بطش أو قهر أو عدوان !!..

ان القضاء فى كل أمة أعز مقدساتها .. إنه عزيز على المتقاضى قبل القاضى ، إنه ملاذ المظلوم ، والدرع الواقى فى مواجهة عبث العابثين ، فالجميع تحت مظلة القضاء مطمئنون آمنون .. ويؤكد لنا التاريخ أنه لا توجد فى الحكومات البشرية سوى قوتين ضاريتين ، هما قوة العدل أو قوة الطغيان ، فإذا لم يتولى قوة العدل قضاة فوق كل خوف ، ويمأى عن كل ملامة ، ويبعدا عن كل إغراء صارت المحاكم مصدراً للظلم !!..

إنها لفجیعة كبرى ، بل إنها مصیبة المصائب ، أن نرى اليوم مساساً خطيراً ينتقص من إستقلال القضاء ، فقد تسللت ظاهرة إنتداب رجل القضاء للعمل موظفاً وأجيراً بإحدى السلطتين التنفيذية أو التشريعية ، فيجمع القاضى بين عمله بالقضاء وبين العمل الذى انتدب له مستشاراً لوزير ، أو بمصلحة حكومية ، أو هيئة عامة ، أو شركة من شركات القطاع العام ، أو بنك من بنوك الاستثمار .. !!

وحق لنا - ونحن شركاء مع القضاء فى إقامة العدل - أن نتساءل كيف تستقيم تلك الإنتدابات المشبوهة مع مبدأ الفصل بين السلطات ، ذلك المبدأ الذى يفرض على القاضى أن يظل عابداً فى محراب العدالة فلا يتجاوز حدوده .. ومن ثم فإن رضا القاضى بانتدابه يعنى تجرده من إستقلاله الذى هو دعامة القضاء .. ذلك الإستقلال الذى يتمثل فى ضمير غير مزعزع ، وجدان غير سقيم ، وشجاعة فيما يصدر عنه من أحكام .. وليلعلم المنتدبون من رجال القضاء إن وشاح القاضى الذى يرتديه لن يصوغ إستقلالاً !!..

إن علينا أن ندرك أنه إذا كان استقلال القاضى ضرورة حتمية لتحقيق العدل ، فإن إلغاء إنتداب القضاة ضرورة حتمية لاستقلال القضاء

سكرتير التحرير

عصمت الهوارى

المحامى

بغير الاتسان الحر . وقضاء مستقل . وبغير محاماة
تنتصر للمظلوم أمام ذلك القاضى المستقل لن يسلم
حالتنا أبدا .

من أقوال الأستاذ الجليل
النجيب أحمد الخواجه



من قضاء المحاكم



مبادئ النقص في المواد المدنية

(١)

جلسة ١٩٨٩/٢/٨

منه عدم إتصاله بالصفة أو المصلحة في الدعوى وبالحق في رفعها مؤداه خروجه عن نطاق الدفع بعدم القبول واعتباره دعواً شكلياً علة ذلك .

(٣) طلب الإخلاء والتسليم لإنهاء مدة عقد الإيجار المفروش تضمنته طلب إلزام المستأجر بتنفيذ التزامه التعاقدى عيناً برد العين المؤجرة . م ٥٩٠ مدنى . مؤداه خضوع الدعوى المرفوعة به بعد العمل بالقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ للقيود الوارد بالمادة ٤٢ منه ، ولو أبرم العقد أو إنتهت مدته فى تاريخ سابق على سريان القانون المذكور علة ذلك .

(٤) قضاء محكمة أول درجة بعدم سماع الدعوى لعدم قيد عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية المختصة . المادتان ٤٢ . ٤٣ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ لا تستنفذ به ولايتها فى الفصل فى موضوعها ولو تطرقت للتحقق من طبيعة العين المؤجرة توصلأ للفصل فى الدفع بعدم سماع الدعوى مؤدى ذلك إلغاء محكمة الإستئناف هذا الحكم إلزامها بإعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل فى موضوعها . تصديها لنظره تفويت لإحدى درجتى التقاضى .

(١) دفع " الدفع الشكلية : الدفع بعدم القبول " . دعوى " شروط قبولها " .

الدفع بعدم القبول . المقصود منه الإجراء الذى يوجب القانون إتخاذة حتى تستقيم الدعوى . الدفع بتخلفه . إعتباره دعواً شكلياً . خروجه عن نطاق الدفع بعدم القبول متى إنتفت صلاته بالصفة أو المصلحة فى الدعوى أو بالحق فى رفعها . العبرة فى تكييف الدفع بحقيقة جوهره ومرماه لا بالتسمية التى تطلق عليه .

(٢-٤) إيجار " إيجار الأماكن : التأجير المفروش : قيد عقيد الإيجار : إلتزامات المستأجر " دعوى " شروط قبولها " . " دفع " الدفع الشكلية : الدفع بعدم القبول " إستئناف نطاقه " قانون " سريانه " .

(٢) وجوب قيد عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية المختصة كإجراء لازم لسماع الدعوى الناشئة أو المترتبة عليه ، المواد ٤٠ . ٤٢ . ٤٣ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ الغاية

جزء معيناً هو عدم سماع الدعوى الناشئة أو المترتبة على ذلك العقد إستهدف به أحكام الرقابة على الشق المرفوعة ضماناً لتحصيل الضرائب المستحقة على مثل هذا النشاط ، ولما كان هذا الإجراء الذى أوجبه القانون وحتى تسمع دعوى المؤجر لا صلة له بالصفة أو المصلحة فى الدعوى ولا يتعلق بالحق فى رفعها باعتبار أنه لا يرمى إلى الطعن بإنعدام هذا الحق أو سقوطه أو بإقضاءه وإلغاؤه قيد مؤقت أن أتخذ ولو فى تاريخ لاحق على رفع الدعوى إستقامت ، وبالتالى فإنه يخرج عن نطاق الدفع بعدم القبول ويعد دعواً شكلياً.

٣- إذ كانت الدعوى يطلب الإخلاء والتسليم المبنى على إنتهاء مدة عقد الإيجار المفروش تتضمن فى حقيقتها وبحسب التكييف القانونى السليم طلباً بالزام المستأجر بتنفيذ إلتزامه التعاقدى عيناً برد العين المؤجرة والذى نصت عليه المادة ٥٩٠ من القانون المدنى بقولها " يجب على المستأجر أن يرد العين المؤجرة عند إنتهاء العقد " وهى على هذا النحو تستند إلى عقد الإيجار ، وكان المقرر إن الدعوى تخضع من حيث شروط قبولها وإجراءاتها للقانون السارى وقت رفعها ، وكانت الهيئة قد إنتهت سلفاً إلى أن ما نصت عليه المادتين ٤٢ ، ٤٣ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ من إلتزام المؤجر بقيد عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية المختصة وحتى تسمع دعواه المستندة إلى هذا العقد - لا يعلو أن يكون إجراء لا تستقيم الدعوى إلا بإتخاذ ، وكانت

١- لئن كان المشرع لم يضع تعريفاً للدفع بعدم القبول تقديراً منه - لصعوبة فرض تحديد جامع مانع له - على ما أقصحت عنه المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات السابق فى صدد المادة ١٤٢ منه المقابلة للمادة ١١٥ من القانون القائم - إلا أنه وعلى ضوء ما جاء بتلك المذكرة من إنه الدفع الذى يرمى إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى وهى الصفة والمصلحة والحق فى رفع الدعوى بإعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذى ترفع الدعوى بطلب تقريره ، كإنعدام الحق فى الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيه أو لإقضاء المدة المحددة فى القانون لرفعها ، فإنه حيث يتعلق الأمر بإجراء أوجب القانون إتخاذها وحتى تستقيم الدعوى ، فإن الدفع المبني على تخلف هذا الإجراء يعد دعواً شكلياً ويخرج عن نطاق الدفع بعدم القبول متى إنتفت صلتها بالصفة أو المصلحة فى الدعوى أو بالحق فى رفعها ، وذلك دون إعتداد بالتسمية التى تطلق عليه لأن العبرة فى تكييف الدفع هى بحقيقة جوهر ومرامه .

٢- النص فى المادة ٤٢ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر وفى المادة ٤٣ من ذات القانون - يدل على أن المشرع فرض على المؤجر إتخاذ إجراء معين يتمثل فى وجوب قيد عقد الإيجار المفروش الذى يبرم طبقاً لأحكام المادتين ٣٩ ، ٤٠ من القانون المذكور بالوحدة المحلية المختصة ، وفرض على تخلف هذا الإجراء

(٢)

جلسة ١٩٨٩/٢/٨

إستئناف " صحيفة الإستئناف " . بطلان
بطلان الإجراءات " . محاماة . نظام عام :
المسائل المتعلقة بالنظام العام " .

عدم التوقيع على صحيفة الإستئناف من محام
مقبول أمام محاكم الإستئناف . أثره بطلان
الصحيفة . تعلقة بالنظام العام . جواز إستيفاء
التوقيع في الجلسة . شرطه . أن يكون خلال
ميعاد الإستئناف . علة ذلك .

النص في الفقرة الثانية من المادة ٨٧ من قانون
المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ - المنطبق على
واقعة الدعوى - على أنه لا يجوز تقديم صفح
الإستئناف أو تقديم صفح الدعاوى أمام محكمة
القضاء الإداري إلا إذا كانت موقعة من أحد
المحامين المقيمين أمامها ، " يدل على أن المشرع
قصد من توقيع المحامي على صفح الدعاوى
رعاية الصالح العام وتحقيق الصالح الخاص في
ذات الوقت ، لأن إشراف المحامي على تحرير
صفح الإستئناف والدعاوى والعقود ذات القيمة
من شأنه مراعاة أحكام القانون في تحرير هذه
الأوراق وبذلك تنقطع المنازعات التي كثيراً
ما تنشأ بسبب قيام من لا خبرة لهم بممارسة هذه
الشئون ذات الطبيعة القانونية ، مما يعود بالضرر
على ذوي الشأن ومن ثم فإن هذا البطلان يكون
متعلقاً بالنظام العام وإن كان يجوز إستيفاء
التوقيع في الجلسة خلال ميعاد الإستئناف .

الدعوى الماثلة بطلب الإخلاء والتسليم لإنتهاء مدة
عقد الإيجار المفروش - قد أقيمت في تاريخ
لاحق على العمل بالقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ومن
ثم تخضع للقيد الذي أوجبه المادة ٤٢ منه
وإلا كانت غير مسموعة إلتزاماً بحكم المادة ٤٣
من ذات القانون ، وذلك دون إعتداد بإبرام العقد
أو إنتهاء مدته في تاريخ سابق على سريان
القانون المذكور طالما أن الأمر يتعلق بإجراء لازم
لإستقامة الدعوى المستندة إلى ذلك العقد فيتعين
النظر إلى وقت رفعها .

٤- إذ كان المقرر أن الحكم يقبل الدفع
الشكلي لا يعد فصلاً في موضوع الدعوى ،
وبالتالي فإن محكمة الدرجة الأولى إذا قضت
بعدم سماع الدعوى لعدم قيد عقد الإيجار المفروش
بالوحدة المحلية لا تكون قد إستنفذت ولايتها
بالفصل في موضوعها ولو تطرقت للتحقق من
طبيعة العين المؤجرة طالما أن ذلك من جانبها لم
يكن إلا لتباين مدى خضوع العقد للقيد الذي
فرضته المادة ٤٢ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧
وصولاً منها للفصل في الدفع بعدم السماع الذي
أوجبه المادة ٤٣ من ذات القانون - فإنه كان
يتعين على محكمة الإستئناف وقد ألغت الحكم
المستأنف القاضي بعدم سماع الدعوى لعدم قيد
عقد الإيجار المفروش بالوحدة المحلية المختصة -
أن تعين الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى
للفصل في موضوعها ، أما وقد تصدت لنظره
فإنها تكون قد أهدرت إحدى درجتي التقاضي
فخالفت بذلك القانون وأخطأت في تطبيقه .

(٣)

جلسة ١٩٨٩/٢/١٤

(١) حيازة " دعوى الحيازة " . دعوى " أنواع من الدعاوى : دعوى الحيازة " .

حظر الجمع بين «دعوى الحيازة وبين المطالبة بالحق . م ٤٤ مرافعات . شرطه . رفع دعوى الحيازة من الحائز على المعتدى نفسه . قصر الطاعن طلباته أمام محكمة الدرجة الأولى على إسترداد حيازة العين من مورث الطاعنين وطلبه في الإستئناف " إحتياطياً " الحكم على شخص آخر بصحة ونفاذ عقد الإيجار - عدم إعتباره جمعاً بين دعوى الحيازة ودعوى الحق .

(٢) محكمة الموضوع " سلطتها في تقدير الدليل " .

تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير ما يقدم فيها من أدلة من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاها على أسباب سائفة تكفي لحمله .

(١) لما كانت دعوى الحيازة التي لا يجوز الجمع بينها وبين المطالبة بالحق والا سقط الإدعاء بالحيازة طبقاً لنص المادة ٤٤ من قانون المرافعات - هي تلك التي ترفع من الحائز على المعتدى نفسه ، وكان المطعون ضده الأول . قد قصر طلباته أمام محكمة أول درجة على طلب إسترداد الحيازة ، ثم طلب في الاستئناف - إحتياطياً وبالتسبة للمؤجر فقط - الحكم بصحة ونفاذ عقد الإيجار فإنه لا يكون قد جمع بالتسبة لمورث الطاعنين بين دعوى الحيازة وبين الدعوى بالحق .

(٢) لما كان تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير قيمة ما يقدم إلى محكمة الموضوع من أدلة هو مما يدخل في سلطتها متى أقامت قضاها على أسباب سائفة تكفي لحمله ، وكان الحكم المطعون قد أقام قضاء على ما إنتهى إليه في مدوناته من أن " المحكمة ترى في أقوال شهود المستأنف " المطعون ضده الأول " ما يؤكد حيازته المادية للشقة موضوع الدعوى وإقامته أبرابها قبل إستيلاء مورث المستأنف عليهم " الطاعنين " عليها وقت هجوم الأهالي على الشقق بتاريخ ... على ما هو ثابت من أوراق الدعوى وكان هذا الذي إليه الحكم سائفاً وله أصل ثابت في الأوراق فإن النعي بهذه الأسباب لا يحد أن يكون في حقيقته جدلاً موضوعياً مما تنحسر عنه رقابة محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٥١٦ لسنة ٥١ ق)

(٤)

جلسة ١٩٨٩/٢/٢٢

(١-٢) دعوى " مسائل تعترض سير الخصومة : سقوط الخصومة " . نقض " النقض والإحالة : أثر نقض الحكم " . تجزئته . إستئناف " سقوط الخصومة في الإستئناف " .

(١) نقض الحكم . أثره . متابعة السير في الخصومة . سبيله . تعجيل الدعوى أمام محكمة الإحالة بتكليف بالحضور يعلن إلى الطرف الآخر خلال سنة من تاريخ حكم النقض . إغفال ذلك أثره . سقوط الخصومة . لكل ذي مصلحة التمسك به بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى أو بطريق الدفع .

٣- مفاد نص المادة ١/١٣٨ من قانون المرافعات المترتب على القضاء بسقوط الخصومة في الإستئناف أن يصبح الحكم المستأنف نهائياً ما دام أنه يبقى على حالة ولم تتناوله محكمة الإستئناف بأي تعديل أو إلغاء قبل سقوط الخصومة .

(الطعن رقم ٢٤٤٧ لسنة ٥٩ ق)

(٥)

جلسة ١٩٨٩/٢/٢٣

(١) إختصاص " إختصاص محلي " . دعوى " الخصوم في الدعوى " .

تحديد المدعى عليه في الدعوى . مناطه . أن تكون وجهت إليه طلبات فيها تعدد المدعى عليهم في الدعوى تعدداً حقيقياً على إختلاف مراكزهم القانونية فيها . أثره . المدعى رفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم سواء كان مستولاً بصفة أصلية أو ضامناً علة ذلك .

(٢) تعويض . مسئولية " مسئولية تقصيرية " . إساءة استعمال حق التقاضي الإبلاغ عن الجرائم " . إبلاغ السلطات المختصة من المباحث .

مساغة المبلغ . شرطه . ثبوت كذب الإبلاغ وتوافر سوء القصد أو صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياط .

(٣) مسئولية " مسئولية تقصيرية " . محكمة الموضوع . نقض " سلطة محكمة النقض " .

محكمة الموضوع . سلطتها إستخلاص الخطأ الموجب للمسئولية متى كان سائغاً ومستمداً من

(٢) سقوط الخصومة . قابليته للتجزئة عند تعدد المدعى عليهم ما لم يكن موضوعها غير قابل للتجزئة . فإن سقوطها بالنسبة لبعض المدعى عليهم يستتبع سقوطها بالنسبة للباقي . م ١٣٦ مرافعات .

(٣) سقوط الخصومة في الإستئناف . أثره . ضرورة الحكم المستأنف نهائياً طالما لم تتناوله محكمة الإستئناف بالتعديل أو الإلغاء قبل سقوطها . م ١ / ١٣٨ مرافعات .

١- المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن نقض الحكم لا ينشئ خصومة جديدة بل هو يزيل الحكم المنقوض ، فإن صدر لمصلحة المستأنف ذلك الحكم وجب عليه إذا ما أراد متابعة السير في الخصومة أمام محكمة الإحالة أن يعجلها خلال سنة من تاريخ صدور حكم النقض فتستأنف الدعوى سيرها بتكليف بالحضور يعلن بناء على طلبه إلى الطرف الآخر ، فإن أهمل القيام بهذا الإجراء كان لكل صاحب مصلحة التمسك بسقوط الخصومة إما بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى أو بطريق الدفع أمام تلك المحكمة وتبدأ مدة السقوط في هذه الحالة من تاريخ صدور حكم النقض بإعتباره أنه آخر إجراء صحيح في الدعوى .

٢- المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن الخصومة فيما يتعلق بسقوطها ووفقاً لنص المادة ١٣٦ من قانون المرافعات قابلة للتجزئة عند تعدد المدعى عليهم ما لم يكن موضوعها غير قابل للتجزئة إذ في هذه الحالة يترتب على سقوط الخصومة بالنسبة لبعض المدعى عليهم سقوطها بالنسبة للباقي .

١- المقرر في قضاء هذه المحكمة إنه متى كان النص عاماً مطلقاً فلا محل لتخصيصه أو تقييده إستثناء بقصد المشرع منه لما في ذلك من إستحداث لحكم مغاير لم يأت به النص عن طريق التأويل ، ولما كان النص في الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانون المرافعات على أن " وإذا تعدد المدعى عليهم كان الإختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم " قد ورد في عبارة عامة مطلقة بحيث يتسع لكافة المدعى عليهم المتعددين في الخصومة تعدداً حقيقياً ، والمقصود بهم هؤلاء الذين وجهت إليهم طلبات في الدعوى لا أولئك الذين إختصوا ليصدر الحكم في مواجهتهم أو لمجرد المثل فيها . فمن ثم يجوز للمدعى طبعاً لهذا النص رفع الدعوى عليهم المتعددين تعدداً حقيقياً على إختلاف مراكزهم القانونية فيها أمام المحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم سواء كان مستولاً بصفة أصلية أو ضمناً دون قيد أو تخصيص ، ولا محل للقول بقصر تطبيق حكمه على فئة المدعى عليهم المتساوين في المراكز القانونية في الدعوى دون سواهم أو تغليب موطن المستول الأصلي على موطن الضامن له عند تحديد المحكمة المختصة محلياً لما ينطوى عليه ذلك القول من تقييد لمطلق النص وتخصيص الصيغة بغير مخصص وهو ما لا يجوز .

٢- النص في المادتين ٢٥ ، ٢٦ من قانون الإجراءات الجنائية يدل على أن إبلاغ الجهات المختصة بما يقع من الجرائم التي يجوز للنائب العامة رفع الدعوى الجنائية عنها بغير شكوى أو طلب يعتبر حقاً مقرواً لكل شخص وواجباً على كل

عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى تكييف الفعل بأنه خطأ من عدمه . خضوعه لرقابة محكمة النقض .

(٤) حكم " حجية الحكم : قرارات لا حجية لها : قرارات سلطات التحقيق " .

نهاية عامة " قرارات سلطات التحقيق " .

الأوامر والقرارات الصادرة من سلطات التحقيق لا حجية لها أمام القاضي المدني . علة ذلك .

(٥) حكم " الفساد في الإستبدال " نفاذه " الفساد : الإستبدال : ما يعد كذلك " القصور في التسبب : ما يعد كذلك " .

إستناد الحكم إلى قرينة ضمن قرائن أخرى معينة إستدلالاً بها مجتمعة دون بيان أثر كل منها في تكوين عقيدة المحكمة . فساد في الإستدلال وقصور في التسبب .

(٦) إثبات " القرائن " . محكمة الموضوع .

محكمة الموضوع سلطتها في استنباط القرائن شرطه . أن يكون سائغاً .

(٧ ، ٨) مسئولية " مسئولية تقصيرية " . أسباب الإباحة " إساءة إستعمال الحق " . تعويض .

(٧) إطاعة القانون من أسباب الإباحة م ٦٣ عقوبات . شرطه . أن يكون مطابقاً للقانون .

(٨) مساءلة الموظف لإساءة إستعمال حقه . شرطه . إنحرافه في أعمال وظيفته عن مقتضى الواجب المفروض عليه بقصد الأضرار بالغير لأغراض نائية عن المصلحة العامة .

٥- لا يقل الحكم من عشرين ويذهب عنه فساداً اعتبار مرور حفظ الشكوى مجرد قرينة طالما كانت هذه القرينة ضمن القرائن الأخرى المعيبة السالفة التي استدلت بها الحكم مجتمعمة على خطأ الطاعن وكان لا يبين أثر كل واحدة من هذه القرائن في تكوين عقيدة المحكمة ، لما كان ذلك وكان الحكم قد أغفل دفاع الطاعن الذي ضمنه مذكرته المقدمة لمحكمة الاستئناف بتاريخ ١٩٨٤/٣/٣ بشأن صحة بلاغته وحسن نيته وما استدلل به على ذلك مع كونه دفاعاً جوهرياً فيكون قد عاراه فضلاً عن الفساد في الاستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق القصور في التمييز .

٦- الأصل في إستنباط القرائن إنها من إطلاقات محكمة الموضوع إلا أنه يشترط أن يكون إستنباطها سائناً وأن يكون استدلال الحكم لم سنده من الأوراق ومؤدياً إلى النتيجة التي بنى عليها قضاؤه .

٧- إطاعة القانون طبقاً لنص المادة ٦٣ من قانون العقوبات من أسباب الإباحة الى لا توجب أية مسئولية جنائية كانت أو مدنية قبل من اطاعة ، فإذا ما عهد القانون بإختصاص معين لموظف فإن ما يصدر عنه من عمل في نطاق ذلك الإختصاص يكون مباحاً طالما كان مطابقاً للقانون .

٨- من المقرر أن إساءة الموظف إستعمال حقه تقتضي قيام الدليل على إنه إنحرف في أعمال وظيفته عن مقتضى الواجب المفروض عليه وإنه لم يتصرف التصرف الذي إتخذه إلا بقصد الإضرار لأغراض نائية عن المصلحة العامة ، فإذا إنتفى ذلك القصد وتبين للقاضي أن العمل الذي أتاه

من علم بها من الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة أثناء ويسبب تأدية عملهم وذلك حماية للمجتمع من عبث الخارجين على القانون ، ومن ثم فإن إستعمال هذا الحق أو أداء هذا الواجب لا ترتب عليه أدنى مسئولية قبل المبلغ إلا إذا ثبت كذب الواقعة المبلغ عنها وأن التبليغ قد صدر عن سوء قصد وبغية الكيد والنكاية بمن أبلغ عنه أو ثبت صدور التبليغ عن تسرع ورعونة وعدم احتياط ، أما إذا تبين أن المبلغ كان يعتقد بصحة الأمر الذي أبلغ عنه أو قامت لديه شبهات تبرر التبليغ فإنه لا وجه لمسألتة عنه .

٣- المقرر في قضاء هذه المحكمة أن إستخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وإن كان يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع إلا أن ذلك مشروط أن يكون إستخلاصاً سائناً ومستمداً من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى ، كما أن تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفى هذا الوصف عنه من المسائل التي يخضع قضاء الموضوع فيها لرقابة محكمة النقص وتقتد هذه الرقابة إلى تقدير الوقائع فيما يستلزمه التحقق من صحة إستخلاص الخطأ من تلك الوقائع والظروف التي كان لها أثر في تقدير الخطأ وإستخلاصه .

٤- من المقرر أن القرارات الصادرة من سلطات التحقيق لا تفصل في موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو الإدانة وإنما تفصل في ثوابر أو عدم ثوابر الظروف التي تجعل الدعوى صالحة لإحالتها إلى المحكمة للفصل في موضوعها ، ومن ثم فلا نكتسب تلك القرارات أية حجية أمام القاضي المدني .

(٧)

جلسة ١٩٨٩/٣/١

عقد " فسخ العقد " . محكمة الموضوع
" سلطة محكمة الموضوع : في العقود . أسباب
الفسخ . تقدير كفايتها من عدمه من سلطة
محكمة الموضوع شرط .

تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها -
وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو من
سلطة محكمة الموضوع متى كان إستخلاصها
سائفاً وله أصله الثابت بالأوراق .

(الطنن رقم ١٧٩ لسنة ٥٥ ق)

(٨)

جلسة ١٩٨٩/٣/٨

(١) إثبات " طرق الإثبات : اليمين الحاسمة " .
محكمة الموضوع " سلطة محكمة الموضوع في
اليمين الحاسمة " .

اليمين الحاسمة . جواز توجيهها في واقعة
قانونية دون مسألة قانونية . علة ذلك . توجيه
اليمين بصفة تتعلق بالطبيعة القانونية وما إذا
كانت شمة فرائد مستحقة ومقدارها وتاريخ
إستحقاقها . من مسائل القانون .

(٢) أوراق تجارية " الشيك " .

" الشيك " . الأصل فيه أن يكون مدنياً . عدم
إعتباره ورقة تجارية إلا إذا كان موقعاً عليه من
تاجر أو مترتباً على معاملة تجارية .

الموظف قد أملاه واجب الوظيفة فلا يصح القول
بأنه أساء إستعمال حقه .

(الطنن أرقام ١٦٩٢ ، ١٧٢٣ ، ١٧٦٩ ، ١٧٦٢ ، ١٧٧٥ لسنة ٥٥ ق)

(٩)

جلسة ١٩٨٩/٣/٢٨

نقص " أثر نقض الحكم " . إستئناف " سلطة
محكمة الإحالة " . تعويض " . تقديره " .

دمج الضررين اللذين لحقا بالوارث والمورث عند
القضاء بالتعويض دون تخصيص لمقدار كل منهما .
لا يؤثر في أن كل عنصر منهما كان له حسابه في
تقدير التعويض : نقض الحكم لعدم جواز
التعويض عن أحد العنصرين . يوجب على
محكمة الإحالة خصم ما يقابله من تعويض .
مخالفة ذلك . خطأ في القانون .

لما كان دمج الضررين اللذين لحقا بالوارث
والمورث عند القضاء بالتعويض عنهما بعد
تخصيص لمقداره عن كل منهما ، لا يحول دون
قيام حقيقة أن كل عنصر منهما كان له حسابه في
تحديد مقدار التعويض المقضى به ، فإذا نقض
الحكم لهدم جواز القضاء بالتعويض عن أحد هذين
العنصرين وجب على محكمة الإحالة أن تخصص ما
ترى أن يقابله من مقدار التعويض المقضى به
وإلا كان قضاؤها مخالفاً للقانون ، لما كان ذلك
وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر فإنه
يكون قد خالف القانون .

(الطنن رقم ٩١ لسنة ٥٥ ق)

(٣) فوائد القوائد القانونية أمر أداء .

الفوائد القانونية . الأصل سريانها من تاريخ المطالبة القضائية . م ٢٢٦ مدنى الإستثناء أن تحديد الإتفاق أو العرف التجارى . تاريخها آخر لسريانها أو ينص القانون على غير ذلك .

(٤) أمر أداء " طلب الأمر ، التكليف بالوفاء " . دعوى . صحيفة الدعوى . عريضة إستصدار أمر الأداء . بديل لصحيفة الدعوى . التكليف بالوفاء أمر سابق عليها وشرط لصدور الأمر . عدم اعتبارها من قبيل المطالبة القضائية .

(٥) فوائد " الفوائد القانونية " . إلزام .

تأخر المدين فى الوفاء . أثره . إلزامه بالفوائد القانونية ما لم تثبت سوء نيته أو ترتب عليها إلحاق ضرراً . إستئناف بالدائن . مدنى .

١- إنه وإن كانت اليمين الحاسمة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ملكاً للخصوم وأن على القاضى أن يجيب طلب توجيهاً متى توافرت شروطها إلا أنه لا يجوز أن توجه إلا فى واقعة قانونية . لا فى مسألة قانونية ، ذلك أن إستخلاص حكم القانون من شأن القاضى وحده لا من شأن الخصوم ، وإذ كان الثابت فى الدعوى أن صيغة اليمين الحاسمة التى طلب الطاعن توجيهها التى المطعون عليه هى " أقسم بالله العظيم أن المستأنف لا يستحق تعديل الحكم المستأنف إلى قبول جميع طلباته بقيمتها الواردة فى ختام صحيفة الإستئناف " وهى التى تتعلق

بطبيعة الشيك القانونية وما إذا كان ثمة فوائد مستحقة ومقدارها وتاريخ إستحقاقها وكلها من مسائل القانون فأن الحكم المطعون فيه إذا رفض توجيه اليمين يكون قد إلزم صحيح القانون .

٢- الأصل فى الشيك - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون مدنياً ولا يعتبر ورقة تجارية إلا إذا كان موقعاً عليه من تاجر أو مترتباً على معاملة تجارية .

٣- الأصل طبقاً للمادة ٢٢٦ من القانون المدنى هو سريان الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية بها ما لم يحدد الإتفاق أو العرف التجارى تاريخاً آخر لسريانها أو ينص القانون على غير ذلك .

٤- العريضة التى تقدم إستصدار أمر الأداء هى البديل لصحيفة الدعوى وبها تتصل الدعوى بالقضاء . أما التكليف بالوفاء فهو شرط لصدور الأمر لا يتعلق بالعريضة هو إجراء سابق عليها فلا يعد من قبيل المطالبة القضائية .

٥- المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تأخير المدين فى الوفاء بالدين لا يستوجب أكثر من إلزامه بالفائدة القانونية ، ما لم يثبت أن هذا التأخير كان بسوء نية المدين وترتب عليه إلحاق ضرر إستئناف بالدائن ، وذلك وفقاً للمادة ٢٣١ من القانون المدنى .

(الطعن رقم ١٩١٣ لسنة ٥٦ ق)

فيه الشفعة ثبوتها في كل بيع إستوفى أركانه .

(٣) يدل النص في المادة ٩٣٨ من القانون

المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أنه يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقاً لما جرى به نص هذه المادة ضد المشتري الثانى وبالشروط التى إشتري بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة ، وذلك لزوال قابليته البيع الأول للأخذ فيه بالشفعة ، والتالى صار متعیناً على الشفيع أن يوجه طلبه إلى طرفى البيع الثانى وبشروط هذا البيع ، فيصبح الخصوم فيه هم البائع فى هذا العقد أى المشتري الأول والمشتري الثانى لا يغير من ذلك أن يكون المشتري الأول قد سبق إختصامه فى الدعوى فى البيع الأول قبل توجيه طلبه فى الشفعة فى البيع الثانى وذلك لزوال ذلك البيع بحصول الثانى ، ويكون إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لكل من المشتري ، والبائع إعلاناً رسمياً على يد محضر وإلا كان باطلاً كما تنص بذلك صراحة المادتان ٩٤٠ ، ٩٤٢ / ١ من القانون المدنى ويوجه إلى موطن كل منهما إلا إذا كان أيهما قد إتخذ موطناً مختاراً له فيجوز إعلان الرغبة فى هذا الوطن ، ولا يثبت إعلان الخصم بالرغبة فى الأخذ بالشفعة وتاريخ هذا الإجراء إلا من واقع الورقة المثبتة له أو صورتها .

(الطعن رقم ١٢٨٣ لسنة ٥٤ ق)

(٩)

جلسة ١٩٨٩/٣/٩

حكم " تسبب الحكم " عيوب التدليل " ما يعد قصوراً " . إغفال الرد على الدفاع الجوهري المؤثر فى النتيجة الى إنتهى إليها الحكم قصور .

شفعة . بيع . تسجيل عقد البيع غير المسجل منتج لإثارة ثبوت الشفعة فيه .

شفعة " توالى البيوع " . دعوى : بيع . تسجيل . إعلان إلتزام الشفيع فى حالة توالى البيوع بإدخال المشتري الثانى خصماً فى الدعوى متى تم البيع الثانى قبل تسجيل إعلان الرغبة . مؤدى ذلك . وجوب توجيه طلب الشفعة إلى طرفى البيع الثانى . لا يغير من ذلك سبق إختصام المشتري الأول فى الدعوى فى البيع الأول . علة ذلك . توجيه إعلان الرغبة بإعلان رسمى فى موطنهما ولو كان مختاراً وإلا كان باطلاً . م ٩٤٠ ، ٩٤٢ / مدنى . ثبوته من واقع الورقة المثبتة له أو صورتها .

(١) إغفال الرد على أوجه دفاع الخصم لا يعد من قبيل القصور إلا إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً فى النتيجة التى إنتهى إليها .

(٢) من المقرر أن البيع ولو وقع من مشتر لم يسجل عقد شرائه هو بيع قائم ومنتج لآثاره تثبت

(١٠)

جلسة ١٩٨٩/٣/١٥

(١) دعوى " مسائل تعترض سير الخصومة :
إعتبار الدعوى كأن لم تكن " . محكمة الموضوع
" سلطة محكمة الموضوع " . إستئناف " سلطة
محكمة الإستئناف " .

الحكم بإعتبار الدعوى كأن لم تكن وفقاً للمادة
١٩ مرافعات جوازي . سلطة تقديره لمحكمة
الموضوع . إلزام محكمة الإستئناف بمراجعة
تقديرها في هذا الشأن .

(٢) حكم " تسبب الحكم " . نقض .

إستطرد الحكم إلى ما يستقام بدونه . لا عيب

١- مفاد نص المادة ٩٩ من قانون المرافعات
- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن
الحكم بإعتبار الدعوى كأن لم تكن هو أمر جوازي
لمحكمة الموضوع يرجع فيه إلى تقديرها ، وعلى
محكمة الإستئناف مراجعة محكمة الدرجة الأولى
في تقديرها له .

٢- إذ أنصح الحكم الابتدائي المؤيد في
نتيجته بالحكم المطعون فيه بأسبابه بأن القضاء
بإعتبار الدعوى كأن لم تكن يفنى المحكمة عن
نظر الموضوع ، فلا يعيبه ما إستطرد إليه في
خصوص الدفع بعدم قبول الدعوى إذ يستقيم
الحكم بدونه .

(الطعن رقم ٥٧٨ لسنة ٥٣ ق)

(١١)

جلسة ١٩٨٩/٣/٢٣

(٢.١) نقض أسباب الطعن : السبب المتعلق
بالنظام العام . " نظام عام " المسائل المتعلقة
بالنظام العام " . دعوى . بطلان .

(١) الأسباب المتعلقة بالنظام العام . لمحكمة
النقض التصدى لها من تلقاء نفسها ، ولو لم ترد
في صحيفة الطعن . م. ٣/٢٥٣ مرافعات .

(٢) الأحكام المتعلقة بولاية القاضي النظر في
القضايا والفصل فيها من النظام العام جزء
مخالفتها . بطلان الإجراءات بما في ذلك الحكم
الصادر في الدعوى . أثر ذلك .

(٣) وصية . حكم " إصدار الحكم " . قضاء .
دعوى .

القضاء على المسلم . حظر توليه على غير
المسلم . علة ذلك . نطاقه . الدعاوى الأصلية إلى
تسرى على الخصومة المطروحة فيها أحكام
الشرعية الإسلامية وسائر المنازعات المتفرعة عن
دعاوى مرفوعة أمام المحكمة المختصة بوجوب
القانون بشأنها تطبيق أحكام هذه الشرعية .
إقتضاره على ما يتحقق به الفصل في الخصومة .
مجرد إشراك القاضي غير المسلم في تلاوة الحكم
خروجه عن نطاق هذا الخطر . علة ذلك .

النص في الفقرة الثالثة من المادة ٢٥٣ من

تطبيق أحكام هذه الشريعة ، وهذا الخطر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يتحقق عند الفصل في الخصومة لأن هذا الفصل هو مناط تمكن الولاية فيخرج عن نطاقه مجرد إشتراك القاضي غير المسلم في الهيئة التي نطقت بالحكم بدلاً عن قاضي آخر شارك في الفصل في الخصومة وعرض له مانع حضور تلاوة الحكم إعتباراً بأن المشاركة في تلاوة الحكم لا تعدو كونها عملاً إجرائياً يحكمه قانون المرافعات والقوانين المكملة له ويختلف في ذلك عن ولاية الفصل في خصومة تحكمها قواعد الشريعة الإسلامية .

(الطعن رقم ٢٤٧٤ لسنة ٥٦ ق ١)

(١٢)

جلسة ١٩٨٩/٣/٢٢

(٢، ١) حكم " الطعن فيه : الأحكام غير الجائز الطعن فيها " .
نقض " حالات الطعن " . إختصاص " الإختصاص القيمي " .

(١) عدم جواز الطعن على إستقلال في الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة قبل الحكم المنهى لها الإستثناء .م ٢١٢ مرافعات . علة ذلك . الخصومة التي ينظر إلى إنتهائها والحكم المنهى لها . ماهيتهما .

قانون المرافعات يدل على أن لمحكمة النقض أن تغير من تلقاء نفسها الأسباب المتعلقة بالنظام العام ولو لم ترد في صحيفة الطعن .

٢- إذ كانت الأحكام المتعلقة بولاية القاضي النظر في القضايا والفضل فيها تتعلق بأصل أساسي من أصول التقاضي المعتبرة من النظام العام والتي يترتب على مخالفتها بطلان الإجراءات بما فيها الحكم الصادر في الدعوى ، فإنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها .

٣- إذ كان من المقرر ووفقاً لما توجبه المادة ٩١٥ من القانون المدني سريان أحكام الشريعة الإسلامية على الوصية وما قف من أحكامها في القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، وكان من الأصول المقررة التي اتفق عليها الإجماع في الشريعة الإسلامية إستعداداً من الكتاب والسنة إنه يشترط في ولاية القاضي الذي يفضل في أنزعة المسلمين توافر شروط معينة أولها وعمدتها الإسلام فهي تحظر على غير المسلم ولاية القضاء على المسلم لإنتفاء هذه الولاية شرعاً ، وهو حظر مطلق شامل للدعوى الأصلية الي تسرى على الخصومة المطروحة فيها أحكام الشريعة الإسلامية وكذلك سائر المنازعات المتفرعة عن دعاوى مرفوعة أمام المحكمة المختصة بموجب القانون بشأنها

الأصلية برمتها وليس الحكم الذي يصدر في شق منها أو مسألة عارضة عليها أو متصلة بالإثبات فيها ، ويحكم في هذا الصدد بالخصومة حسب نطاقها الذي رفعت به أمام محكمة الاستئناف .

لما كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بإلغاء الحكم المستأنف القاضي بحكم اختصاص المحكمة الابتدائية فيما ينظر الدعوى - واختصاصها بنظرها وإحالتها إليها للفصل في موضوعها - فإن هذا القضاء لا تنتهي به الخصومة الأصلية المرددة بين أطراف الدعوى والتي تعلق النزاع فيها بصور أحقية المطعون عليهما الأول والثاني في أخذ العقار محل النزاع بالشفعة ولا يندرج ضمن باقى الأحكام التي استثنيتها على سبيل المحصر المادة ٢١٢ من قانون المرافعات ومن ثم فلا يجوز الطعن فيه بالنقض إستقلالاً .

(الطعن رقم ٤٨ السنة ٥٥ ق ١)

(١٣)

جلسة ١٩٨٩/٣/٢٨

إثبات اليمين الحاسمة " الدفع بالجهالة " .
محكمة الموضوع " تقدير الدليل " .

إستخلاص كيديه اليمين الحاسمة أو عدم جدية الدفع بالجهالة . من سلطة محكمة الموضوع شرطه .
أن يكون سائفاً له أصل ثابت في وقائع الدعوى

(٢) القضاء بإلغاء الحكم المستأنف الصادر بعدم إختصاص المحكمة الابتدائية فيما ينظر الدعوى والإحالة وبإختصاصها بنظرها ليس من الأحكام المستثناة ، كما لا تنتهي به الخصومة .
أقره . عدم جواز الطعن عليه بالنقض على إستقلال .

المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المادة ٢١٢ من قانون المرافعات إذ نصت على أن " لا يجوز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى إلا بعد صدور الحكم المنهى للخصومة كلها ، وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بتوقف الدعوى والأحكام القابلة للتنفيذ الجبري " فإن مفاد ذلك ، وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون - أن المشرع وضع قاعدة عامة تقضى بعدم جواز الطعن على إستقلال في الأحكام الصادرة أثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامي المنهى لها ، وذلك فيما عدا الأحكام الوقتية والمستعجلة والصادرة بتوقف الدعوى ، أو التي تصدر في شق من الدعوى وتكون قابلة للتنفيذ الجبري ورأى المشرع في ذلك هو الرغبة في منع تقطيع أوصال القضية الواحدة وتوزيعها بين مختلف المحاكم مما يؤدي إلى تعويق الفصل في موضوع الدعوى وما يترتب على ذلك من زيادة نفقات التقاضي ، وأن الخصومة التي بنظرها إنتهائاتها أعمالاً لهذا النص هي الخصومة الأصلية المرددة ليس في التذاعي الذي يجوز الطعن فيه تبعاً لذلك هو الحكم الذي تنتهي به

ولا يفيد إنها متعسفة في إستعمال حقها هذا بالإحكام إلى ذمة أخيها باليمين الحاسمة ، كما إنه لا يدل بحال على صحة بصمة الختم المنسوب للورثة لإختلاف الأمرين وعدم ترتب إحداهما على الآخر - فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وأقام قضاء على إعتبارات غير سائفة وليس من شأنها أن تؤدي إلى ما إنتهى إليه وشابه بذلك فساد في الإستدلال .

(الطعن رقم ٢٥٠٧ لسنة ٥٦ ق)

(١٤)

جلسة ١٩٨٩/٤/١٩

تعويض . مسئولية . إستئناف . قوة الأمر المقضى . نقض . إستئناف المطعون ضدها دون الطاعنة الحكم الصادر لصالحها بالتعويض . مؤداء . إكتساب حجية الشيء المقضى فيه بشأن ثبوت أركان المسئولية قبلها . أثر إستناع تسكها أمام محكمة النقض بعدم أحقية المطعون ضدها للتعويض المقضى به .

لما كانت الطاعنة تستأنف الحكم الابتدائي الذي قضى بإلزامها بأن تدفع للمطعون عليهم خمسة آلاف جنيه تعويضاً عن الأضرار المادية والأدبية المترتبة وهو حكم نهائي في هذا الخصوص بالنسبة لها ولم تستأنف سوى المطعون عليهم طالبن زيادة التعويض وهو ما كان مطروحاً على

ومستنداتها . إستخلاص المحكمة كيدية اليمين بشأن حقيقة مضمون العقد وكيدية دفع الطاعتين بجهالة بصمة الختم المنسوبة لمورثتهما من مجرد إقرار الطاعنة الأولى بصحة بصمتها على ورقة النزاع . خطأ في القانون وفساد في الإستدلال . علة ذلك .

مناط السلطة التقديرية لمحكم الموضوع في إستخلاص كيدية اليمين الحاسمة ومنع توجيهها ، أو إستخلاص عدم جدية الدفع بالجهالة ورفضه دون تحقيق صحة التوقيع المنسوب للمورث ، أن يكون هذا الإستخلاص سائفاً له أصل ثابت في وقائع الدعوى ومستنداتها ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد إستخلص من مجرد إقرار الطاعنة الأولى بصحة بصمتها على الورقة محل النزاع اليمين الحاسمة الى طلبت توجيهها إلى المطعون ضده بشأن حقيقة مضمون هذه الورقة وقبضها الثمن اليمين فيها - يمين كيدية ، وأن دفع الطاعتين بالجهالة بالمنسوبة لبصمة الختم المنسوبة لمورثتهما على العقد هو دفع غير جدي ، وأخذ بالعقد بناء على ذلك ، دون توجيه اليمين الحاسمة ولا يمين عدم العلم ، ودن تحقيق بصمة الختم المنسوبة للمورثة عليه - في حين أن إقرار الطاعنة الأولى بصحة أصبحها على ورقة العقد وإن كان يكفي حجة على إنها إرتضت مضمون هذه الورقة والتزمت به إلا أنه - وقد ادعت إنه مختلس غشاً لا يبرر مصادرة حقها في إثبات هذا الإدعاء ،

خصمه في الجلسة الأولى لتنظر الدعوى وقبل بدء المرافعة فما يستحق على الدعوى إلا ربع الرسم " يبدل على أن المقصود بالجلسة الأولى وعلى ما جرى به هذه المحكمة - هي الجلسة الأولى التي أعلن فيها المدعى إعلاناً صحيحاً وأصبحت فيها الدعوى صالحة للمضي في نظرها ، وهي لا تكون كذلك - في غيبة الحاصلات المستثناء - إلا إذا كان المدعى عليه قد أعلن لشخصه أو أعيد إعلانه عند عدم إعلانه لشخصه وذلك عملاً بالمادة ٨٤ من قانون المرافعات ، فإذا تصالح المدعى مع خصمه في هذه الجلسة وقبل بدء المرافعة فيها فلا يستحق على الدعوى إلا ربع السهم .

(الطعن رقم ٢٥٢١ لسنة ٥٥ ق)

(١٦)

جلسة ١٩٨٩/٤/٢٦

إختصاص الإختصاص القيسى " إستثناء " نصاب الإستئناف " دعوى "

تعديل النصاب الإبتدائي للمحاكم الجزئية والنصاب النهائي للمحاكم الإبتدائية ق ٩١ لسنة ٩٨ . عدم سريانه إلا على الدعاوى التي ترفع بعد تاريخ العمل به - اليوم التالي لنشره في ١٩٨٠/٤/٢٤ الدعاوى والطعون المرفوعة قبل هذا التاريخ سريان نصوص قانون المرافعات

محكمة الإستئناف فإن هذا الحكم يكون قد حاز حجية الشيء المقضى به في شأن ثبوت أركان المسؤولية قبل الطاعنة مما يمنع عليها أن تعود إلى التمسك بعدم أحقية المطعون ضدهما الأول والثالثة للتعريض عن الضرر المادى الذى قضى به الحكم الإبتدائى .

(الطعن رقم ٩٠٥ لسنة ٥٧ ق)

(١٥)

جلسة ١٩٨٩/٤/١٩

" دعوى " نظر الدعوى " . صلح : رسوم " الرسم القضائية " .

إستحقاق ربع الرسم المسدّد إذا ترك المدعى الخصومة أو تصالح مع خصمه في الجلسة الأولى مقصودها الجلسة التي أعلن المدعى عليه فيها لشخصه أو أعيد إعلانه وأصبحت الدعوى صالحة للمضي في نظرها طالما تم الترك أو التصالح فيها قبل بدء المرافعة المادتان ٧١ مرافعات ٢٠ مكرراً من قانون الرسوم القضائية ٩٠ لسنة ١٩٤٤ المعدل .

النص في الفقرة الأولى من المادة ٧١ من قانون المرافعات والمطابقة للمادة ٢٠ مكرراً من قانون الرسوم القضائية في المواد المدنية رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ المضاف بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٤ على إنه إذا ترك المدعى الخصومة أو تصالح مع

المدنية التجارية قبل تعديلها عليها .

(١٧)

جلسة ١٩٨٩/٥/٣

(١) ملكية " حيازة " دعوى "

دعوى الملكية ودعوى الحيازة . ماهية كل منهما .

(٢) نقض " أسباب الطعن التناقض . حكم

" تسبب الحكم : عيوب التدليل : التناقض " .

التناقض المفسد للأحكام . ماهيته .

١- دعوى الملكية - وعلى ما جرى به قضاء

هذه المحكمة (١) - تختلف عن دعوى الحيازة في

أن الأولى ترمى إلى حماية حق الملكية وما يتفرع

عنه من الحقوق القضائية الأخرى بطريقة مباشرة

ويتناول البحث فيها حتماً أساس الحق المدعى

وشروعه ، أما دعوى الحيازة فليس الغرض منها

إلا حماية وضع اليد من حيث هو بغض النظر عن

كيفية أساسه وعن مشروعيتها .

٢- التناقض الذي يفسد الأحكام هو ما

تتماهى به أسباب بحيث لا يبقى ما يمكن حمل

حكم عليه أو ما يكون واقعاً في أسباب بحيث

لا يمكن معه أن يفهم على أي أساس قضت

المحكمة بما قضت به في منظوره .

(الطعن رقم ٤٠٥ لسنة ٥٧ ق)

القانون رقم ١ لسنة ١٩٨٠ بتعديل بعض

أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر

بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ والمعدل به إعتباراً

من ١٩٨٠ / ٤ / ٢٥ بعد أن نص في المادة الأولى

منه على أن تستبدل عبارة خمسمائة جنيه بعبارة

مائتين وخمسين جنهماً في المواد

٤١ ، ٤٢ ، ٤٥ ، ٤٧ ، ٢٧٧ ، ٤٨٠ من قانون

المرافعات المدنية والتجارية أوردف النص في المادة

الثانية منه على أن لا تسرى أحكام المادة الأولى

على الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم الابتدائية أو

محاكم المواد الجزئية قبل تاريخ العمل بهذا

القانون ولا على الأحكام الصادرة أو التي صدر

من المحاكم المذكورة في هذه الدعاوى مما مؤداة أن

تعديل النصاب الابتدائية للمحاكم الجزئية

والنصاب الإنتهائي للمحاكم الابتدائية والمشار

إليه في المادة الأولى من هذا القانون لا يسرى

إلا على الدعاوى التي ترفع بعد تاريخ العمل به

في اليوم التالي لنشره في ١٩٨٠ / ٤ / ٢٤ أما

بالنسبة لما رفع من دعاوى أو طعون قبل هذا

التاريخ فيسرى عليها في هذا الخصوص أحكام

قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون

رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ قبل تعديله .

(الطعن رقم ٩٢٤ لسنة ٥٧ ق)

العناصر جميعاً دون زيادة أو نقصان ، لما كان ذلك وكانت الطاعنة الأولى قد أقامت الدعوى عن نفسها وبصفتها بطلب الحكم بالتعويض عن الإضرار الأدبية والمادية التي لحقت بها وبإبنها الطاعن الثاني من جراء ما أصيب به من إصابات بساقية وما نتج عنها من بتر فوق الركبتين وركنت في إثبات ذلك إلى تقرير طبي صادر من مستشفى دمنهور التعليمي بتاريخ ١٩٧٨/٥/١٥ يؤيد مدعاها وكانت محكمة الموضوع قد إعتمدت في تقديرها للتعويض على أن إصابات الطاعن الثاني قد نتج عنها بتر كامل للمقدم اليسرى دون أن تعرض لما تفاقم عنه هذه الإصابات إلى بتر فوق الركبتين فإن الحكم المطعون فيه فضلاً عن خطئه في تطبيق القانون قد شابه القصور في التسبيب .

(الطعن رقم ١٠٣٣ لسنة ٥٧ ق)

(١٨)

جلسة ١٩٨٩/٥/١٧

محكمة الموضوع " سلطة محكمة اموضوع :
في تقدير التعويض " .

تعويض " عناصر التعويض " . نقض .

محكمة الموضوع . سلطتها في تقدير التعويض ،
تعيين العناصر المكونة للضرر . من مسائل
القانون . وجوب العرض لها . عدم العرض لما
تفاقم عنه إصابة المضرور . خطأ وقصور .

وإن كان المثار في قضاء هذه المحكمة أن تقدير
التعويض من سلطة محكمة الموضوع ، إلا أن
تعيين العناصر المكونة للضرر والتي يجب أن
تحتسب في تقدير التعويض هي من مسائل
القانون ويتعين على المحكمة أن تعرض لهذه

علمتنا الحياة كيف ندافع عن المظلوم ، وكيف
ندفع الجور ، وكيف نرد الحق إلى صاحبه ،
وكيف نعيد الحرية لمن فقدوها ، وكيف نعيد
الأمور إلى نصابها .

من الأقوال المفضولة له الأستاذ / الجليل النقيب
مصطفى البرادعي



الإستبداد والقهر وما تبعه من
إنتزاع هذا الحق من الإنسان لم
تكن هناك حضارة ولم يكن
هناك تقدم .

- فالنقد جوهره رأى يصدر
عن صاحبه فى الأشخاص
عموماً والأشياء عامة ، وسائر
ما يعن له فى مجتمعه من أمور
بقصد تحقيق نفع عام من وراء
إذاعة ونشر هذا الرأى أو تحقيق
مصلحة مشروعة .

- وتعد حرية الصحافة
إحدى تطبيقات حرية الرأى ،
ذلك أن الرأى قد يبدو فى
كتاب كما تتضمنه صحيفة ،
وقد يعرض مطبوعاً كما قد
يعرض مصوراً أو ملصقاً فحرية
الصحافة إذن هى حرية التعبير
عن الرأى فى الجرائد والمجلات

- ومع أن حرية الصحافة
هى إحدى صور حرية الرأى .
إلا أن معظم الدساتير لا تكتفى
بتسجيل حرية الرأى بل تحصر
أيضاً على إبراز حرية الصحافة

إلا رأياً بيديه الناقد حول أمر
متصل بالمصلحة العامة .

- وهو ذات أهمية مزدوجة
فهى بالنسبة للإنسان وسيلة
للتعبير عن ذاته وبالنسبة
للمجتمع وسيلة لإصلاح وتقديم .

- وعلى ذلك فإن الحركات
الفكرية الكبرى فى التاريخ
التي أسهمت إسهاماً عظيماً فى
خلق التقدم أو زيادته ليست إلا
وليدة إستعمال حرية الرأى فى
أدق صورها وهو حق النقد ،
فالنقد رأى حول أمر عام يقصد
به الناقد التنبيه إلى خطر يوشك
أن يحدث أو عيب يكاد أن
يتفشى ، أو إبتغاء نفع فى
طريق من الطرق أو إلى غير
ذلك مما يمس مصلحة المجتمع
فى الصميم .

- ولقد علمنا التاريخ أن
العصر الذى أتيح فيه للفرد أن
يعبر عن ذاته وأن ينتقد وأن
يعارض هو الوقت الذى تقدمت
فيه الإنسانية وحينما إنتصر

- لا شك أن الحرية هى كل
شىء فى حياة الإنسان ، وتقوم
الأمة بين الأمم بحسب ما يتمتع
به سكانها من حرية وما تحققه
من حرية الأمم الأخرى .

- وأولى هذه الحريات
وأجلها هى حرية الرأى أو حرية
التعبير .

- والحديث عن حرية الرأى
والتعبير لا يمكن أن يجزى
منعزلاً عن الحريات الأخرى .

لأن حرية الرأى والتعبير لا
يمكن أن تنعزل عن حرية
الصحافة وحرية المواطن من اليد
التي تقيض على زمام رزقه
ومستقبله ، كما لا يمكن أن
تنعزل عن تحرير المواطن من
الخوف ومن القلق على غيره ،
وحرية الرأى والتعبير لا تزدهر
بغير الحريات الأخرى ذات
المضمون الإجتماعى والحريات
الشخصية .

- وحق النقد هو جوهر حرية
الرأى ذلك أن حق النقد ليس

- وفي ظل هاتين القاعدتين
- قاعدة حماية القانون الجنائي
لإعتبار الشخص وقاعدة حق
الشخص في التعليق على
تصرفات الآخرين ، تتجلى إباحة
النقد .

- وسبب الإباحة يفترض
خضوع الفعل لنص يجرمه ، ثم
يرى قانون آخر لإعتبارات
يقدرها إخراج هذا الفعل
بشرائط معينة من نطاق
التجريم :

- وتلك الإعتبارات هي
التي تقرها وتكفلها الشريعة
السائدة في المجتمع بما تشمله
من نصوص وأعراف ترى شرعية
الفعل في ظروف معينة ، ولا
يكون على قانون العقوبات إلا
أن يساير هذه الشريعة فيما
ذهبت إليه من نزع الفعل المجرم
من دائرة التجريم ورده إلى نطاق
المشروعية .

- وبذلك تكون أسباب
الإباحة موضوعية متصلة بذات
الفعل موضوع التجريم وليست
بذات شخص الفاعل ، ومن ثم
يكون الجهل بقيامها غير حائل
من الإستفادة بها ، وكذلك
يستفيد بها كافة الفاعلين

حقاً أو باطلاً ، وهو يحميه فقط
حماية سلبية بمعنى أن يمنع عنه
فقط الإزدراء والمهانة والتعقير
والتعيب .

- ومعنى ذلك أن القانون
الجنائي لا يحمي التصرفات ،
لأن تصرفات المرء هي الرصيد
الذي تتكون منه سمعته في
باب الوهبة والجدارة ، وكل ما
يمس هذه السمعة ليس إلا عائقاً
في سبيل المجد وجرماً يصيب
كبرياء الشخص .

- والمجد نعمة يوزعها
الرأي العام وحده وليس في
مقدور السلطة أن تمنعه أو تمنحه
لأحد من الناس ، ومن ثم يكون
حرص الشخص على مقدار ما
يعمله الرأي العام عنه ، وكان
بالتالي حرصه الشديد على
الإبتعاد بأحواله الخاصة عن
الرأي العام .

- أما تصرفاته وأزواجه
وأعماله فهي للمجتمع يستطيع
التعليق عليها والتبيل منها
وإيراد الأفكار التي تعيبها
وتدحضها أو التي تؤيدها
وتزكّيها فيكشف مواطن
الضعف والخطأ ويرشد إلى
مواطن الصواب .

تقديراً لأهميتها . على أن
الذماتير عادة ما تكتفى بتقرير
مبدأ حرية الصحافة ثم تدع
لل قانون أمر تنظيم هذه الحرية .

- ذلك أن حرية الصحافة لا
يمكن أن تكون مطلقة . فهذه
الحرية إن لم تتظلم تصبح وبالاً
على حقوق المواطنين .

- فحرية الصحافة تحدّها
حقوق أخرى جديرة بالحماية ،
ومن ثم فإن على المشرع وهو
يتدخل لتنظيم هذه الحرية أن
يوازن بين المصالح الجديرة
بالحماية ولا يضع من الحدود
لهذه الحرية إلا ما يكون لازماً
لحماية حقوق أخرى أكثر جدارة
بالحماية .

- ولما كان القانون الجنائي
يبسط حمايته على الأشخاص
في أبدانهم وأموالهم ، فإنه
يسطها كذلك على إعتبارهم
وشرفهم .

- فالقانون الجنائي يحمي
شرف الشخص وإعتباره حماية
عامة وسلبية في نفس الوقت
فهو يحميه حماية عامة
لا يلاحظ فيها المنزلة الخاصة
التي يعتقد الشخص أنه جدير
بها ، سواء كان إعتقاده هذا

والشركاء ، ويعنى ذلك أن أثره متعلق بالتكييف القانونى للفعل فهو يجرده من الصفة غير المشروعة ولكنه لا يمس إرادة الفاعل .

- وإذا طبقنا هذه الأحكام على مبدأ النقد نلاحظ أن النقد وإن كان يمس تصرفات الشخص وعمله مجرداً عن شخصه إلا أنه بالضرورة يمس سمعته واعتباره .

وبذلك نجد أنفسنا أمام قاعدتين قاعدة جنائية تحرم القذف والنسب والإهانة مراعاة لاعتبار الشخص وحفاظاً على كرامته ، وقاعدة دستورية تقرر حرية الرأى أو حق التعبير وحرية القول مراعاة للصالح العام ودعماً لسبل التقدم أمام الجماعة .

- ولما كانت القاعدة الثانية تحقق صالح الجماعة ، فيقدم صالح الجماعة على صالح الفرد ، وبالتالي تسود حرية الرأى والقول فتخرج أفعال القذف والنسب والإهانة من دائرة التحريم إلى دائرة الإباحة والمشروعية تحقيقاً لفرض أسمى هو مصلحة المجتمع إذا توافرت سائر الشروط .

مصدر الإباحة في حق النقد في التشريع المصرى :

- قد ينص قانون العقوبات على سبب الإباحة ويحدد شروطه ، وأهم مثالين لذلك إستعمال السلطة (م ٦٣) من ق . العقوبات (وحالة الدفاع الشرعى) المواد ٢٤٥ - (٢٥١) .

- ولكن هل النصوص التشريعية وحدها هى مصدر الإباحة ؟ سبق أن ذكرنا أن العرف قد يكون مصدراً لها ، وكذلك القياس جائز فى تفسير نصوصها لإتنا فى مجال الإباحة غير مقيدين بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات .

بمعنى أن الإعتداد بالعرف أو الإعتداد على القياس لن يؤدى إلى خلق جرائم أو تقرير عقوبات .

- وينهض الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى إلى أبعد من ذلك فيقرر إنه ليس بشروط أن يستند سبب الإباحة إلى مصدر قانون محين فيقد يستخلص من مجموع النصوص القانونية ، وقد يرجع إلى المبادئ العامة للنظام القانونى وروحه . .

- كما يقرر سيادته إنه لا يشترط أن ينص القانون صراحة على سبب الإباحة .

- وهذا ما قرره أستاذنا الجليل يتفق مع ما إستقر قضاء النقض المصرى أستناداً إلى هذه العلة أباح الشارع لساحب الشيك أن يصدر أمراً بعدم الدفع فى حالة ضياع الشيك وما يدخل فى حكمها ، وهى الحالات التى يتحصل فيها على الشيك عن طريق جرائم سلب المال .

" تقديرأ من الشارع يعلو حق الساحب على حق المستفيد "

(نقض ١٠ مارس سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ص ٢٥ رقم ٥٥ ص ٣٤٢)

(نقض ٢١ مارس سنة ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض ص ٢٨ رقم ٨١ ص ٣٧٨) .

- ونتيجة أن موضع أسباب الإباحة قد يكون قانون العقوبات وقد يكون فرعاً سواء من أفرع القانون أى أن القانون لم ينص عليها على سبيل الحصر .

- فقد نصت المادة ٤٧ من الدستور المصرى على ما يأتى :

" حرية الرأى مكفولة ولكل

إنسان حرية التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو بالكتابة "

" أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير في حدود القانون "

" والنقد اللائق والنقد البناء ضمان لسلامة البناء الوطني "

ونصت المادة ٦٠ من قانون العقوبات على ما يأتي :

" لا تسرى أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سلبية عملاً بحق مقرب بمقتضى الشريعة "

- قررت المادة ٦٠ من قانون العقوبات قاعدة أصولية عامة ذلك أن حرية الرأي قاعدة استقرت في ضمير الجماعة وأصبحت من القواعد الأساسية لأي جماعة ويستند الحق فيه إلى ما للأناس من حرية في التعبير عن آرائهم .

- وكما سبق أن ذكرنا في بحثنا السابق عن جرائم الإعتداء على الحق في السمعة والشرف والإعتبار من أن القانون الجنائي يحمي شرف الشخص واعتباره حماية عامة وسلبية في ذات الوقت فهو

يحميه حماية عامة لا يلاحظ فيها المنزلة الخاصة التي يعتقد الشخص إنه جدير بها ، وحماية سلبية بمعنى أن يمنع عنه فقط الإزدراء والمهانة والتحقير والتعيب .

- ومفاد ذلك أن القانون الجنائي لا يحمي التصرفات لأن تصرفات المرء هي الرصيد الذي يتكون منه سمعته في باب الموهبة والجدارة فتصرفات المرء وأعماله وأراؤه فهي للمجتمع يستطيع التعليق عليها والنيل منها وإيراد الأفكار التي تعيبها وتفيها أو التي تؤيدها وتزكّيها وهو ما يتحقق به مصلحة المجتمع .

- ولذلك يقول جيب وولكر كل شخص في المجتمع مدعو للتعليق على المسائل العامة ، وكل حكومة تحرص على دعم هذا الحق لأفرادها إذا ما حرصت على تقدم مجتمعها .

٩ - والمقصود بكلمة الشريعة في عجز المادة ٦٠ عقوبات تغنى القانون وتعنى أيضاً الشريعة الإسلامية بدليل أن هذه الأخيرة كانت ومازالت المصدر الأساسي لحق التأديب

وليس هناك مانع قانوني يمنع من أن تكون مصدر للحقوق الأخرى ما دام القانون لم ينص على ما يخالفها . فقد حكم في قضاء النقض :

" إنه لا يعتبر حقاً ما يختلف عليه الرأي في الشريعة الإسلامية وحرمة القانون مثل الإسقاط . "

(نقض ٢٣ نولمبر سنة ١٩٥٩ م مجرمة أحكام النقض طعن ١٩٩٢) .

حدود إبادة النقد :

سبق أن ذكرنا أن النقد سبب للإبادة من شأنه أن يبيح بعض الجرائم القولية تقدير لمصلحة عليا أولى بالرعاية من المصلحة الخاصة .

- ويقوم حق النقد على خمسة أركان إذا تخلف أحدها بطل الاحتجاج به وتعرض مدعيه للمسئولية الجنائية أو المدنية أو كليهما .

- ذلك أن القانون لا يعرف الحقوق المطلقة ، فكل حق شرائطه وشايطه وإذا خرج به صاحبه عن هذه الدائرة المقررة في القانون سقط الاحتجاج به .

واركان هذا الحق هي :

(١) الواقعة الثابتة .

(٢) أن تكون الواقعة ذات جماهيرية عامة .

(٣) أن تكون عبارات النقد ملائمة .

(٤) ملائمة التعليق أو الرأي للواقعة وتناسبه معها .

(٥) حسن النية .

وتستفاد هذه الشروط من نص المادة ٢ ، ٣ الفقرة الثانية والتي جرمت القذف في حق ذوي الصفة العمومية ، ونصت الفقرة الثانية على إبادة هذا القذف بالشروط الواردة في هذا النص .

- وكلمة الطعن التي جاءت في عجز نص المادة ٣٠٢ تعني النقد وما يؤكد ذلك أن الكلمة الواردة في النص الفرنسي هي التي جاءت في النص العربي "طعن" .

- ونظراً لأن المشرع لم يتصد لحق النقد في مناسبة من المناسبات إلا في مناسبة القذف في حق ذوي الصفة العمومية إلا أنه يكفي للمشرع أن يرشد

إليه في هذه المناسبة وتتخذ منها سندا لممارسة هذا الحق عموماً سواء تمت ممارسته في مواجهة موظف عام أو في مواجهة من لم يكن كذلك على الإطلاق مستهدفين الغاية التي من أجلها أورد المشرع هذا الاستثناء .

- وبناء على ذلك أن شرائط النقد عامة هي ذات الشرائط التي شرطها القانون عند إباحتها للقذف في حق الموظف العام هي ذاتها اللازمة لقيام النقد المباح سواء في مواجهة موظف عام تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ عقوبات أو كان في مواجهة غير هؤلاء ممن يتصدون لأعمال عامة .

وسنتناول كل شرط من هذه الشروط بما يلزم للتعريف به :

(أولاً : الواقعة الثابتة (وعاء النقد) .

والمقصود بذلك أن يكون موضوع النقد ثابتاً غير متكرر حتى يمكن أن يكون محلاً للتعليق فإذا لم يكن للواقعة موضوع النقد وجود كان الرأي قد صدر على غير أساس وفي غير موجب ومن ثم يفقد شرط إباحتها .

- وعلى ذلك فمن يخترع واقعة من خياله لا وجود لها في عالم الحقيقة وينقدها .

لا ينبغي له التمسك بإبادة نقده إياها ويسأل عما يرد في نقده من قذف أو سب أو إهانة أو تحريض .

- وكذلك الشأن إذا كانت الواقعة ثابتة بصورة معينة ولكن عرضها الناقد بصورة مغايرة أو مشوهة بحيث يفسد معناها ومغزاها عندئذ لا تكون الواقعة محل النقد ثابتة بل غير قائمة .

- على أن ثبوت الواقعة لا يقتضى أن تكون ثابتة سلفاً وإنما إذا أثبت المبدل في صحتها يكون في وسع الناقد التصدي لها وإقامة الدليل على صحتها

- وهذا يقتضى أن يكون الناقد حسن النية لديه على صحة الواقعة ولكن ليس بذى بال أو تثبت ضحة الواقعة على وجه التحقيق .

وإنما يعرض الناقد عن ذلك بحسن نيته وهو أن يعتقد صحة الواقعة وأن يكون اعتقاده قائماً على أسباب معقولة .

مخلاً للمراقبة والمراجعة والمناقشة والنقد والانتقاد لما يتضمنه هذا الميدان من خطورة وأهمية بحيث لا يمكن حمايتها والسهر عليها مع تقييد حرية الألسنة والأقلام ، وبذلك يكون كل ما يدخل في هذا الميدان من الأهمية في تسيير شئون الدولة .

- لذلك قضى " بأنه لما كان الكاتب السياسي لم يس ذات المفقود الشخصية "

" فإن كل نقد مهما بلغ من العنف والسرارة ليس إهانة ولا سب "

(حكم محكمة جنايات مصر في ١٩٤٨/٦/١٤ في القضية ٣٥٥٧ سنة ١٩٤٦)

وقضى أيضاً:

" بأن المبادئ المقررة هي أن حياة الموظف العمومية ومن في حكمه هي ملك للمجتمع الذي يعمل الموظف لحسابه ، ولذا أجاز قانوناً لكل فرد من أفراد المجتمع ولو لم يكن منتسباً لحزب من الأحزاب السياسية أن يتناول عمل الموظف بالنقد

المجتمع ، لأنه لا مصلحة للمجتمع في التشهير بحياة الناس الخاصة .

- وبديهي أن كل ما يس المصلحة العامة بهم الجمهور فيصبح أن يكون موضوعاً لاستعمال حق النقد كل ما يتعلق بالدولة أو القضاء أو التعليم أو الدفاع .

- على أن يكفي أن يكون الموضوع مما بهم الجمهور ولو لم يتصل بالمصلحة العامة إتصلاً مباشراً فعمل أرباب الحرف والمهن كالأطباء ورجال الدين والمجائين والتجار وأمثالهم بهم الجمهور يحكم حاجته إلى هؤلاء فيجوز نقد تصرفاتهم بحسن نية ويقصد المصلحة العامة ، وعلى ذلك يشمل النقد ميادين الحياة المختلفة التي تتصل بإهتمامات الجماهير وأول هذه الميادين السياسي والأدبي والعلمي والتاريخي والديني .

(حكم محكمة النقض في ١٩٦٥/١١/١٢ ص ٣٣)

- وعلى ذلك يكون كل ما يدخل في ميدان السياسة ومن يدخل فيها يجب أن يكون

- وثبوت الواقعة قد يكون مستفاداً من ذيوها وعندئذ يكون الحق في نقدها مباحاً لوروده على ما أعلن للجمهور بالفعل وبات في حوزته من وقائع وأحداث إذ أن الواقعة متى أصبحت ذائعة مشهورة ومعلومة وكانت متعلقة بمصلحة عامة أو شأن عام وسقطت في حوزة الجماهير كان عليهم تدارسها وتقليبها على جميع وجوها وإختيار الأسد فيها .

- وإذا كانت الواقعة محل إنكار كان على الناقد إثباتها فإن استطاع إثبات صحتها بات حقه في نقدها قائماً واستفاد من النقد كسبب لإباحة القلب إذا توافرت سائر الشروط الأخرى .

ثانياً: أهمية الواقعة الاجتماعية:

يجب أن تكون الواقعة التي يعالجها النقد ثم الجمهور .

ذلك لأن الواقعة إذا لم تكن تهم الجماهير فلا محل للتعليق عليها بل أن نقدها يكون تشهيراً وقذفاً معاقب عليه .

- وعلة قيام هذا الشرط هو حماية الحياة الخاصة لأفراد

بشروط أهمها إقامة الدليل وعدم التعرض لحياة الموظف الخصوصية "بوجه من الوجوه" .
(حكم محكمة الجنايات فى ١٩٢٦/٣/١٢)

- ويتصل بالميدان السياسى الممارك الانتخابية سواء كانت هذه الانتخابات لقيام الهيئات السياسية كالمجالس التشريعية أو المحلية أو تلك التى تتصل بالنشاط الاجتماعى كالجمعيات والنقابات وغيرها .

وفى مثل هذه الممارك الانتخابية يتبارى المرشحون والمزبدون فى نقد المنافسين لهم ، وهو أمر حيوى ليوقف جمهور الناخبين على الأكفاء والأصلح والأقدر على تمثيلهم .

- بل أن الحسار والجندل والمناقشة والنقد هى الوسائل المنطقية التى تخول للجمهور إمكان الحكم والإسهام فى إدارة الشئون العامة إذ أن عملية الانتخاب إذا تمت دون مناقشة أو نقد لا تأتى بغير المستبد أو الدكتاتور ومن ثم فالمناقشة والنقد كلاهما جوهر الديمقراطية ، وسند لموضوع الأقلية للأغلبية التى فى وسعها إصدار القرار .

- وحسب الأقلية إقتناعاً بالإمتثال لرأى الأغلبية أن رأيها إختياره الجميع فى حرية تامة وأدلت بما شئت من الحجج لتدعيم رأيها ولكن لم يقرها عليه أغلبية الناخبين .

- فإذا صدقت الوقائع المستندة إلى المرشح وكانت متعلقة بخصوصياته أو حياته الخاصة فإنه يهم الجمهور معرفتها ليتمكن من الحكم لصالحيته لما رشح من أجله ولا تثريب على الناقد .

وقضى فى بلجيكا

" بأنه من المصلحة العامة أن نكشف نقائص شخص يطمع فى شغل وظيفة من أكبر مراكز الدولة إذا كان هذا الشخص لث ستين عديدة يحترف حرفة تأبأها الأخلاق ويحرمها القانون وبذلك فالصحفى الذى يكتشف هذه المخازى ولا غرض له إلا صيانة كرامة البرلمان من أن تسقط لا يجوز عقابه " .

(حكم محكمة الإستئناف فى ١١ يونيه سنة ١٩٣١ مجموعة واليف تحت كلمة)

- وكذلك الأمر فى حالة ممارسة النقد فى ميدان العلم والأدب والفن وفى هذا الميدان لا تحدد حرية الناقد ما دام يستهدف النفع العام ولم يتجاوز نقده العلم أو الأدب أو الفن موضوع النقد فهذا الميدان حمايتهم الإماهير وتحرص على الوقوف عليه ومتابعة ما يدور فيه كسباً للمعرفة وصلاً للذواق وتنمية العلوم والفنون .

ولذلك فلا تثريب على الناقد الذى يتناول هذه النواحي بالتجريح أو إظهار المأخذ أو حتى المساس بكفاية صاحبها أو خلفه كما يبدو ذلك من خلال العمل المعروف إذا ما توخى الصالح العام وكان نقده ينصرف إلى العمل المعروف وحده وتوافرت سائر الشروط الأخرى .

- وبناء عليه يصح للناقد لراويهِ من الروايات أن يصف لغتها بأنها ركيكة وأن موضوعها تافه وأن أشخاصها لا حياة فيهم ، وهكذا فإن النقد من هذا القبيل ما لم يس شخص صاحب الإنتاج فهو مباح لا شك فى ذلك .

- وقد أكدت محكمة باريس - الدائرة الجنائية رقم ١٧ الصادر في ١٩٧١/٣/٩ حرية النقد " أدانت المحكمة الصحفي المتهم ومدير تحرير الجريدة بتهمة سب علني لإنهما في نقدهما للعرض التلفزيوني المذاع ، وصفوا المجنى عليه بأنه متزعم صغير للغوغاء وأنه وقع في شرك غيابه على أساس أن هذه التعبيرات جارحة ولا صلة لها بموضوع العرض ، وبعد أن أكدت المحكمة حرية النقد بإيضاح تام ذكرت - أن هذا النقد لا ينهض أن يولد تحقيراً منهياً للشخص صاحب العمل .

خاتمة: الرأي المختص:

- وهذا الركن هو جوهر النقد ويجب دائماً أن يكون الرأي متعلقاً ومتصلاً بالواقعة التي يستند إليها بحيث ألا ينفصل عنها قط ليكون في ملازمته إياها ما يفيد القاري أو السامع على تقدير قيمته .

- فإذا ذكر الرأي بغير ذكر الواقعة المقررة التي تستند لم يكن ذلك نقداً .

- ويستطيع الناقد وهو يعلق على تصرف شخص أو سلوكه أو نشاطه أو حتى خلقه إذا كان أمراً لازماً للتعليق على الواقعة موضوع النقد مهما كانت قسوة العبارة المستعملة في النقد .

ولذلك قضى:

بأنه " متى كان الحكم متضمناً ما يفيد أن المتهم كان فيما نسبته إلى المجنى عليه في الحدود المرسومة في القانون للنقد المباح فلا يقدح في صحته إن كانت العبارات التي استعملها المتهم مرة وقاسية " .

١ نقض رقم ١٧٢٨ سنة ١٩٨٠ ق جلسة ١٩٨٩/١/٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ ص ٧٧٨ .

-والرأي الذي يبديه الناقد لا يلزم لكي يقلت من العقاب أن يقره المجتمع عليه أو حتى أقلية أو أغلبية منه فيستطيع الناقد أن ينفرده برأى خاص به ولو خالف سائر البشر ما دام هو صادق فيما يبديه من آراء .

- ولقد عبر عن ذلك أحد القضاة " جاسيير برنتون " .

" إذا كان ثمة مبدأ دستوري يدعو إلى التعلق به أكثر من أي مبدأ سواء فهذا المبدأ هو

حرية التعبير ليس عند الذين يؤيدونها فيما تذهب إليه بل حرية التعبير عن الفكرة التي نبغضها " .

رابعاً: العبارات الملائمة:

يجب أن يصاغ النقد النقد في صيغة ملائمة للموضوع والغرض منه يراعى فيه قدر من التناسب المعقول ، ولا يخرج النقد من دائرة الإباحة إذا لجأ الناقد إلى السخرية من الشخص أو العمل الذي ينقده أو استعمل عبارات مرة أو قاسية طالما كانت الظروف والوقائع تجعل ذلك معقولاً .

- وحق النقد كغيره من الحقوق ينتهي عندما ما يساء استعماله لأنه لا يجوز أن يكون مبرراً للشتيم أو التشهير أو التجريح .

- وللقاضي أن يقدر في كل حالة على حبتها ما إذا كانت العبارات المستخدمة في النقد أو الرسم المستخدم في التعبير فيه تجاوز الحدود النقد لأن المباح من عدمه ، وذلك لأن النقد لا يتفق مع الفاحش من العبارات أو الصيغة أو الرسم

يهدف تحقيق مصلحة عامة لا مجرد الإضرار بالمجنى عليه .

- وعلة شرط توخى النفع العام هو إنحسار النقد عن الأمور الخاصة التي لا يهم الرأي العام متابعتها ، وعدم جدوى الخوض فيها لأن حق النقد شرع من أجل حماية الجماعة .

- وعلة الشرط الثاني إن الشخص الذي يعلن آراءه لا يؤمن بها في قرارة نفسه هو إنسان مضلل سيء القصد لا يطمئن أحد لأقواله ومن ثم لا يسوغ إعفاءه من العقاب إلا أتاح القانون للكاذب أن يروج الباطل ويضل الرأي العام وهو ما لا يمكن أن يجيزه القانون .

- والأصل في الإستان أن يمارس حقه متوخياً الصدق وحسن النية في ممارسته ويسعى إلى تحقق الغاية التي من أجلها شرع الحق ، ولكن هذه قرينة بسيطة يجوز إثبات ما يناقضها وإثبات سوء القصد .

- ويستفاد سوء القصد من علم الجاني يكذب الواقعة موضوع النقد .

توافر حسن النية ، وحسن النية يتألف من شقين :

الأول : توخى النفع العام فيما يديه من آراء .

الثاني : اعتقاده في صحة ما يديه من آراء .

ولقد أبانت تعليقات الحاقية على المادة ٣٠٢ عقوبات شرط حسن النية فقالت

" إن شرط حسن النية هو مسألة من المسائل المتعلقة بالوقائع ولا يمكن أن نقرر لها قاعدة ثابتة ، ولكن على الأقل يلزم أن يكون موجه الإنتقاد معتقد في ضميره صحته حتى يمكن أن يعد صادراً عن سلامة نية وأن يكون قدر الأمور التي نسبها تقديراً كافياً ، وأن يكون إنتقاده للمصلحة العامة لا بسوء قصد " .

ومفاد هذا التعليق أن حسن النية يفترض اعتقاد القاذف أن الوقائع التي يستند إليها المجنى عليه صحيحة ، وأن هذا الاعتقاد كان وليد تحويز وتقدير كافة الأمور ، ويفترض حسن النية أخيراً أن إسناد هذه الوقائع إلى المجنى عليه كان

- وعلى ذلك يجب أن يكون هناك تناسب بين المناسبة والتعليق أي بين الواقعة والرأي لأن الرأي حكم على الواقعة ومن ثم يجب أن يتعلل بما يكون للحكم من عدالة وإنصاف ، واتصال طبيعي بينه وبين الوقائع .

- وعلى ذلك لا يخول النقد رأياً عنيفاً يتضمن سباً عن واقعة غير ثابتة أو على واقعة ثابتة ولكن لا ترشح لمثل هذه التعليقات العنيفة .

كما أن الفاحش من القول ليس نقداً ما لم يكن هناك مناسبة يستند إليها ويكون مناسباً لإبداء الرأي حول هذا النمط من القول .

خامساً : حسن النية :

وهو العنصر الأساسي لقيام النقد كسبب إباحة القذف ، وهو الشرط المنصوص عليه في المادة ٦٠ عقوبات التي أباحت الجرائم إذا وقعت إستعمالاً لحق " بنية سليمة " ولقد عبرت عنه المادة ٢/٣ ، ٢ عقوبات " بمسلمات النية " .

ويشترط لقيام حق النقد

- ومن عتف العبارة عتفاً غير معقول بها يجرأوز ما تستحقه من تعليق بحيث لا تناسب شدتها مع ما يستعمله من عبارات .

- وكذلك يكتشف سوء القصد من أى موقف آخر يكتشف عنه كالحصول على مال أو قيام ضغيته أو إستحكام خلاف أو ما شابه ذلك .

- وتطبيقاً لذلك حكم بأن :

" إنه يشترط قانوناً لإباحة الطعن المتضمن قلعاً فى حق موظف عام أن يكون صادراً عن حسن نية أى عن اعتقاد فى صحة وقائع القذف وخدمة المصلحة العامة فإذا كان القاذف سىء النية ولا يقصد من طعنه إلا شفاء ضغائن وأحقاد شخصية تجب إدانته حتى ولو كان يستطيع إثبات ما قذف به "

(نطق جلسة ١٩٣٩/٥/٢٢ ضمن ١٢١٥ من ٩ مجوعة القواعد ج ٢ ص ٧٤١)

بسم الله الرحمن الرحيم

- ولقد جاء الحكم الصادر من محكمة جنائيات القاهرة فى اللجنة الصحفية رقم ١٦١٠ لسنة ١٩٩١ السيدة زينب

متوجاً لنا إستقر عليه القضاء المصرى ولقد أقيمت بطريق الإدعاء المباشر من السيد المدعى بالحق المدنى عضو مجلس الشعب عن دائرة سيناء ضد :

السيد الأستاذ / الصحفى بجريدة الوفد .

والسيد الأستاذ / رئيس تحرير جريدة الوفد .

والسيد الأستاذ المستشار / المحامى العام لنيابات جنوب القاهرة .

طالباً الحكم بالزام الثلاثة الأول متضامتين ببلغ مبلغ وقدره ٥١ جنيه على سبيل التعويض المؤقت عن الأضرار المادية والأدبية التى أصابته والمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة ، وذلك بعد توقيع أقصى العقوبة التى سيطالب بها المدعى عليه الرابع طبقاً للمواد ١٧١ ، ١٩٥ ، ٣٠٢ ، ٣٠٥ ، ٣٠٦ ، ٣٠٧ ، ٣٠٨ من قانون العقوبات وذلك لإته فى يوم ١٩٩٠/١٢/٢٠ بدائرة قسم السيدة زينب قام المدعى عليه الأول بالقذف والسب فى حق الطالب .

وأن المدعى عليه الثانى وافق على نشره وتم النشر فى جريدة الوفد بعدد رقم ٣٥٥ السنة السابعة والصادر يوم ١٩٩٠/١٢/٢٠ عبارات القذف والسب وخدش الإعتبار العائلى للطالب .

- وكان ذلك بسوء قصد ورضار بالطالب والمعاقب عليه بمواد الإتهام المذكورة وذلك مع الأمر بنشر الحكم فى الجرائد القومية وفى جريدة الوفد التى نشر فيها التحقيق الصحفى موضوع الإتهام على نفقة المدعى عليه الثلاثة الأول .

- وقال شرحاً لدعواه " أن المدعى عليه الأول نشر فى جريدة الوفد فى العدد رقم ٣٥٥ السنة السابعة بتاريخ ١٩٩٠/١٢/٢٠ بالتحقيق الصحفى المنشور على الصفحة الثالثة تحت عنوان (أسطورة فى عالم الكيف أصبح نائباً عن مزاج الحزب) .

وعنوان آخر (حضرة النائب المحترم من كبار تجار المخدرات عينة من مرشحي الحزب الوطنى تسلموا إلى مجلس الشعب) ونجا فى التحقيق الصحفى

المشار إليه ما يلي بالحرف الواحد :

" نحن الآن أمام ملف حافل بعشرات الجرائم وهو ملف لمرشح من محافظة بسينا من مواليد عام ١٩٢٧ ويقيم في ٢٢ شارع موسى بن نصير دائرة قسم النزهة وله محل إقامة بمنطقة الجنان التابعة لقسم الأربعين بالسويس وإقامة أخرى بمنطقة عيون موسى بالشط بسينا . ويؤكد الملف الضخم الذي يخمل رقم ١٧٤ سنة ٣٧ ق في أضياف المحكمة الإدارية العليا - وكان ينتظر أن ينظر في القضية جلسة ٩٠/١١/٢٦ هذا العضو نائب الحزب الوطني في الدائرة الثانية جنوب بسينا ، وهو مسجل شقي خطر مخدرات تحت رقم ٨٦٠ لسنة ١٩٥٥ بناء على طلب مصلحة السواحل لنشاطاته في تهريب المخدرات عبر خليج السويس وأفرج عنه في ١٩٥٦/٦/١٥ ثم أعيد اعتقاله مرة أخرى بالأمر العسكري رقم ١١٩ في ١٩٥٢/٦/٢٧ لخطورته على أمن وسلامة القوات المسلحة

منطقة بسينا . بناء على طلب من إدارة مخبرات الحدود وتم رصد مكافأة ألف جنيه لمن يرشد عنه لضبطه ووضعت أمواله تحت الحراسة بالقرار الجمهوري رقم ٣٠٩٨ عام ١٩٦٦ . وصدر الأمر العسكري رقم ٢ لسنة ١٩٦٩ من المحاكم العسكرية للسويس بإبعاده عن محافظة السويس لخطورته على الأمن العام وحرصاً على سلامة القوات المسلحة وأشار الملف إلى أن المدعى بالحق المدني من أخطر مهربي المخدرات ويعد أسطورة في تهريب المخدرات من بسينا إلى وادي النيل حيث تربطه علاقات وثيقة بكبار متجني المخدرات ببلتان والأردن أمثال صبحي صالح الخطيب واستمر نشاطه المذكور بصورة مكثفة من الخمسينات حتى الآن وأكدت إدارة المخبرات الحربية والإستطلاع في مكاتبات عديدة للجهات المسئولة أن عايد عاود نشاطه في تجارة المخدرات علاوة على تعاونه مع العدو الإسرائيلي .

- كما أفاد كتاب قيادة حرس الحدود (مجموعة المخابرات والأمن رقم ٩٧٢

سرى بتاريخ ١٩٨٣/٨/١١ يفيد بأن المذكور من أخطر مهربي المخدرات وأنه متهم في قضية الجنائية رقم ١٠ لسنة ١٩٦٢ الشط مخدرات حكم عليه بالسجن ١٥ عاماً ولأنه عضو الحزب الوطني الهام اشتراك في عملية التخطيط لتهريب كمية كبيرة من المخدرات قدرت بنحو ٥ أطنان مخدرات تم تهريبها من منطقة رأس راجيه ورأس سلات جنوب بسينا . بتاريخ ١٩٨٣/٦/٢٨ .

- وأيضاً يضم الملف أن إدارة مكافحة المخدرات أكدت تحريات أن العضو المنتخب حديثاً كان الرأس المدير لتهريب شحنة كبيرة من المخدرات وزنت ٩١٧٨ كيلو جراماً أي ما يقرب من عشرة أطنان بالإشتراك مع آخرين من أهالي بسينا حيث تمكنت قوات حرس الحدود من ضبطهم بتاريخ ١٩٨٤/١/٦ - داخل ٢٤٥ طرد في القضية رقم ١٠٤ جنائيات السويس لسنة ١٩٨٤ .

كما تم ضبط المذكور في القضية ١٦ جنائيات مخدرات ميناء إسكندرية سنة ١٩٨٤

تهريب شحنة كبيرة من المخدرات تقدر بحوالي ١٦ طن حشيش داخل أجهزة صواعق الناموس .

كما تمكنت الإدارة بتاريخ ١٩٨٦/٣/٣٠ بناء على إذن من النيابة من ضبط السيارة رقم ٤٨٣٣٦ نقل القاهرة وبها ٦١٣ كيلو حشيش داخل مخايب سرية أثناء تهريبها من جنوب سيناء إلى وادي النيل لحساب زوج ابنته إبراهيم عبد الرحمن عبد العزيز في القضية رقم ٢٧١ قسم الجنائين لسنة ١٩٨٦ ، ويستاريخ ١٩٨٩/١٠/٢٨ أصدر السيد وزير الداخلية قراراً باعتقال المذكور لنشاطه الكبير في تجارة المخدرات بالقرار رقم ٧٥٩٦ .

ولكى يكون ختامه مسك فإن ذيل الملف الموجود في أرشيف المحكمة الإدارية العليا والتي كان محدداً لها أن تنظر بجلسة ١٩٩٠/١١/٢٦ يؤكد أن المذكور وأفراد أسرته وأشقائه يكونون تشكيلاً عصابياً لجلب وتهريب المخدرات إلى داخل البلاد وما زالت الإدارة تتابع نشاطهم .

- والسؤال الآن كيف ستواصل الإدارة ذلك والمذكور يرتع حالياً في نعيم الحصانة البرلمانية والحزب الوطني يسبغ عليه بركاته ومنحه شرف عضويته .

ثم ما قيمة الأجهزة التي تقوم بالتحري والضبط إذن

ألنيس هذا الفرع من فروع وزارة الداخلية يضيّع جهده عثاً مادام الحزب الوطني لا يأخذ بمعلومات وزير الداخلية .

والتي أكد وزير الداخلية في تصريحاته إنه قدمها لقادة الحزب حينما طلبوها وما مصيرها الآن .

- ثم إستطرد المدعى عليه الأول في المقال إلى قوله بأن الحزب الوطني لا يتخور عن منحنى الفرصة ثلر الأخرى لكي نكشفه ونعريه أمام الشعب المصري .

وكيف لا وقد إمتحن حرمة أشرف وأقدس قاعة في مصر وهي قاعة مجلس الشعب فيعد أن كان يجلس فيها أساطين الفكر والعلم والثقافة والسياسة سوف يجلس فيها بعض نواب

تفوح من أفواههم رائحة المخدرات ، ويعد أن كانت القاعة تجلجل بأسماء سعد زغلول ومصطفى النحاس ويوسف الجندى وويصا واصف وعزيز فهمى أصبحت تضيق بأسماء المسجلين في صحيفة السوابق وتجار المخدرات والمهرين .

- نحن لا نبالغ فيما نقول فالذى حدث - أن الحزب الوطني رشع إثنين من كبار تجار المخدرات في مصر ليتمثلا الأمة في مجلس الشعب وانتهاز فرصة نجاح إثنين من المستقلين وجميعهم مسجلين خطرين في جرائم المخدرات وأعلن بكل فخر ضمهما إلى صفوفه تلك هي الحقيقة نقولها بغير رتوش وكانت قبل الآن محض إشاعات والوفد تنفرد بكشف الحقيقة بالوثائق .

- واستطرد المدعى بالحق المدني في صحيفة دعواه إلى أن كما جاء بالتحقيق الصحفي المذكور مجرد أقوال مربله لا دليل عليها بل هي محض إفتراء وكذب لا أساس لها من الصحة ، وأن كل ما جاء بهذا

التحقيق الصحفي بشكل جرمي
قذف وسب .

في حق الطالب مكتملة
الأركان القانونية .

- فأما عن الركن المادي فقد
توافرت عناصره الثلاثة من فعل
الإستناد وموضوع الإستناد
وعلائية الإستناد وهي من شأنها
لو كانت صادقة أن توجب
إحتقار المدعى بالحق المدني من
أهل وطنه .

كما وأن الركن المعنوي
متوافر أيضاً فقد تحقق في حق
المتهم الأول من واقع عبارات
القذف ذاتها الموجهة للطالب
وفي حق المتهم الثاني رئيس
التحرير بنص المادة ١١ من
قانون المطبوعات الذي يقتضى
بأنه " يجب أن يكون لكل
جريدة رئيس تحرير مسئول
يشرف إشرافاً فعلياً على كل
محتوياتها " وهو مسئول جنائياً
طبقاً للمادة ١٩٥ من قانون
العقوبات .

وهي مسئولية مفترضة وإن
الغرض من إختصاص المدعى عليه
الثالث هو توافر مسئوليته
بإعتباره رئيساً لمجلس الإدارة
بصفته مسئولاً عن الحقوق
المدنية .

- وقد نصت المادة ٣٠٢ / ٢
عقوبات على تشديد عقوبة
القذف إذا وقع في حق موظف
عام أو شخص ذي صفة عامة
وهو ما يتوافر في الدعوى
الماثلة فالمدعى بالحق المدني
عضو بمجلس الشعب وإنتهى
المدعى بالحق المدني في صحيفة
دعواه إلى أنه رجل ذو حيثية
بين أهل وطنه وذوهم وقد كرمته
الدولة أكثر من مرة إبتداء من
رئيس الجمهورية إلى إدارات
الأمن المختلفة .

ولقبه رئيس الجمهورية بلقب
المجاهد وأنعم عليه بنوط
الإمتياز من الدرجة الأولى
وحصل على درج المخاضرات
وكان عضواً بمجلس الشورى .
هذا بالإضافة إلى تقدير
محافظ سيناء لجهوده وإهدائه
كتاب الله تقيداً وعرفاناً .

ويند كل هذا الكفاح في
خدمة الوطن يكون جزاء ما
سطره المتهم الأول - ووافقه
على نشره المتهم الثاني بغير
حق وصمم الطالب على طلباته
سائلة البيان .

- ويند سماح مراقبة
الطرفين الشفوية قررت المحكمة

بتلك الجلسة حجز الدعوى
للحكم بجلسة اليوم ، وقالت :

- وحيث إنه بالنسبة للذم
المبدي من الحاضر عن المدعى
عليه الثاني بعدم قبول الدعوى
لإعلانه بصحيفتها بعد ثلاثة
أشهر من يوم ١٩٩٠/١٢/٢٠
تاريخ النشر في الجريدة فإنه في
غير محله قانوناً لما هو ثابت من
الأوراق إن المدعى بالحق المدني
كان قد تقدم قبل رفع الدعوى
الماثلة بشكوى بتاريخ
١٩٩١/٣/٧ بواسطة وكيله
للسيد مدير نيابة السيدة زينب
ضد المدعى عليهم الثلاثة بطلب
إتخاذ الإجراءات القانونية
ضدهم وهي حسبما هو ظاهر
مقدمة في خلال الثلاثة أشهر
النصوص عليها في الفقرة
الثانية من المادة الثالثة من
قانون الإجراءات القانونية .

ولا يغير من ذلك التراخي
في تحقيقها أو التصرف فيها أو
الرجوع إلى طريق الإدعاء
المباشر بعد فوات المدة لأنه
يكون قد حفظ حقه من السقوط
بتقديمه الشكوى في الميعاد
وأبان عن رغبته في السير فيها
فضلاً عن إنه لا يصح أن

يتحمل إهمال جهة التحقيق أو تباطؤها .

- وحيث أن الواقعة المضمونة إلى المتهم الأول إنه نشر في حريدة الوفد الصادرة بتاريخ ١٩٩٠/١٢/٢٠ بالتجسس الصحفي المنشور على الصفحة الثالثة تحت عنوان (أسطورة في عالم الكيف أصبح نائباً عن مزاج الحزب) وعنوان آخر (حضرة النائب المحترم من كبار تجار المخدرات عينه من مرشحي الحزب الوطني تسلموا إلى مجلس الشعب) ويعتبره المدعى بالحق المدني متظوماً على جرمي قذف وسب في حقه وقد وافقه على نشره المتهم الثاني رئيس التحرير بغیر حق مما سبب للطلاب أضراراً نفسية كبيرة فإن أول ما تلاحظه المحكمة على المقال إنه في جلسته سرداً لمعلومات تضمنتها طعون كانت متظورة أمام المحكمة الإدارية العليا وتقارير من جهات رسمية تنطق بأن المدعى بالحق المدني يتجر في المواد المخدرة وإن له ملف سجل بالإلابة العامة لمكافحة المخدرات تحت رقم ٨٦٠ وأنه رشع نفسه

لعضوية مجلس الشعب وفاز بها عن الدائرة الثانية بمحافظة جنوب سيناء (فشات) وأنه أصبح حالياً عضواً بالمجلس يتمتع بحصانته البرلمانية رغم أنف تقارير أجهزة الأمن ثم اتبع ما سرده من معلومات نقلاً عن تلك الطعون والتقارير بالتعليق مستفسراً عن كيفية السبيل لمواصلة الإدارة العامة لمكافحة المخدرات نشاطها والحال إنه يتمتع حالياً بالحصانة البرلمانية وما قيمة الأجهزة التي تقوم بالتحري والضبط إذن ما دام الحزب الوطني لا يأخذ بمعلوماتها وقد أكد وزير الداخلية في تصريحاته إنه لقادة قدمها الحزب حينما طلبوها ؟

وترى المحكمة أن كاتب المقال لم يتدع الواقعة موضوع الإتهام أو ينسجها من خياله بل عرضها في نطاقها الصحيح وبصفتها وظروفها التي هي عليها في تلك الطعون والتقارير الرسمية وهو من بعد ذلك يعلق عليها التعليق الذي يؤمن بصحته وموضوعيته ومن ثم فإن نشاطه بعيد عن تزيف الحقائق وتشويهها لإقتضاره على نشر الخبر - وإن كان في صورة

تفصيلية - في حجمه الحقيقي فلم يضي عليه مبالغة أو يوحي إلى قارئه بدلول مختلف غايته هي خدمة المصلحة العامة يكشف تلك الوقائع التي تهم المجتمع مع إبداء رأى نزيه فيها يعتقد المتهم إنه يفيد المجتمع .

- وحيث أن حق النقد هو سبب لإباحة القذف وما إليه لما هو منصوص عليه في صلب الدستور في المادة ٤٧ منه التي تقر حرية الرأي وحق النقد ، وفي المادة ٦٠ من قانون العقوبات على عدم إنطباق أحكام هذا القانون الأخير لدى ممارسة حق من الحقوق المقررة في هذه الشريعة أو القانون ولا تتطلب هذه الإباحة أن تكون الوقائع التي نشرتها الجريدة صحيحة في ذاتها وصحيحة في نسبتها إلى من أسندت إليه بل يكفي الاعتقاد بصحتها ما دام هذا الاعتقاد مستنداً إلى التحري الواجب على من كان في مثل ظروفه وقائماً على أسباب معقولة والحجة في ذلك إنه لا يمكن أن يطلب من كاتب أو باحث أن يضمن في صورة مطلقة صحة ما يذكر أو صواب ما يرى .

نفى حالات كثيرة يكون من العسير ومن المستحيل على الكاتب أو الباحث أن يذكر واقعة لا يكون ثمة شك قط في صحتها وإنما يكفيه إنه بذلك ما في وسعه من دراسة وتحري وأعمل قدر المستطاع فكرة فتوصل إلى ثبوت واقعة فأبداها بنية حسنة حتى يصدق عليه إنه أدى واجباً تجاه المجتمع يستحق من أجله أن يباح فعله ولا ينفي الإباحة أن يثبت فيما بعد صحة الواقعة فأساس الإباحة الاجتهاد في أداء خدمة إجتماعية وهو ما ثبت تحققه .

لما كان ذلك وكانت المحكمة ترى أن المتهم الأول قد قام بالتخري الواجب عليه وقدم المدعى عليه الثالث من المستندات ما يفيد إعتقاد المتهم الأول بصحتها مقيماً الدليل على ذلك بالمستندات الآتية :

أولاً : صورة رسمية طبق الأصل من عريضة الطعن رقم ١٢١٦ سنة ٣٣ ق إدارية علياً المرفوع من السيدين وزير الداخلية ومدير مصلحة الأمن العام ضد المدعى بالحق المدني

طعناً في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري دائرة منازعات الأفراد في الدعوى رقم ٢٦ سنة ٤٠ ق بجلسة ١٩٨٧/١/٨ فيما قضى به من وقف تنفيذ القرار الذي أصدره وزير الداخلية بإلغاء تراخيص السلاح السابق صدورهما للمدعى بالحق المدني طالبين الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه حتى يفصل في موضوع الطعن ثم إحالة الطعن إلى المحكمة الإدارية العليا لتتقضى فيه بقبوله شكلاً وبإلغاء الحكم المطعون فيه والحكم برفض الدعوى مع إلزام المطعون ضده بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة عن الدرجتين تأسيساً على أن الثابت من تحريات الإدارة العامة لمكافحة المخدرات أن المدعى بالحق المدني بعد من أخطر مهربي المخدرات بل يعد أسطورة في ترتيب عمليات التهريب وجلب المخدرات من سيناء إلى وادي النيل وتربطه صلات قوية بمتجى المخدرات بهيروت ومهربها بالأردن أمثال صبحي غالي الخطيب واستمر نشاطه

المذكور بصورة مكشفة خلال الخمسينات والستينات حيث كان يتربح على عرش تهريب المخدرات بسيناء بلا منازع وإنه مسجل شقى خطر تحت رقم ٨٦٠ فئة (أ) وسبق إعتقاله عام ١٩٥٥ وحيث أفرج عنه عام ١٩٦١ ثم صدر قرار أخير بإعتقاله عام ١٩٦٦ وأفرج عنه وأن أمواله وضعت تحت الحراسة بالقرار الجمهوري ٣٠٩٨ في عام ١٩٦٦ وأدرج على قوائم المنوعين من السفر والإبعاد عن المويس بقرار المحاكم العسكري عام ١٩٦٩ ... إلخ ما جاء بصحيفة الطعن المذكور من معلومات ووقائع تخص المدعي بالحق المدني وهي ما تضمنها المقال بهذافيرها .

- ثانياً : صورة قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٠٩٨ سنة ١٩٦٦ بفرض الحراسة على أموال وممتلكات بعض الأشخاص منشور بعدد الجريدة الرسمية الصادر يوم السبت ٣٠ يولييه ١٩٦٦ ورد م بينها إسم المدعى بالحق المدني وعائلته .

- ثالثاً : صورة قرار الإعتقال الذي أصدره وزير الداخلية في

الوقائع والمعلومات التي احتواها المقال .

- وحيث أن السيد من مراجعة هذه التقارير إنها صادرة عن مستولين على درجة عالية من التخصص يشغلون مناصب هامة في الحكومة هي في صميمها ممارسة لإختصاص الدولة في محاربة هذا النشاط ومن ثم يشدو إعتقاد المتهم الأول - بصحتها مستنداً إلى أسباب معقولة ولا يغير من هذا النظر ما بذله المحاضران عن المدعى بالحق المدني من الجهد وما قدماء من مستندات للتدليل على عدم صحة هذه التقارير إذ يكفى المتهم للإستفادة من الإباحة أن يكون معتقداً بصحتها وأن يكون إعتقاده مبنياً على أسباب معقولة ولا ينفي الإباحة أن ثبت فيما بعد عدم صحة الوقائع .

- وحيث أن المحكمة لا تنفي مسئولية المتهم الأول من إنه ناقل عن غيره والعهدة على من روى هذه الوقائع وقام بتدوينها إذ في بعض الأحيان يكون نشاط من يروى عن غيره أشد خطورة على شرف المجنى عليه

المذكور عاوة نشاطه في تجارة المخدرات علاوة على تعاونه مع العدو الإسرائيلي .

خامساً - عندما رشح المدعى بالحق المدني نفسه أخيراً لعضوية مجلس الشعب عن الدائرة الثانية بمحافظة جنوب سيناء تقدم العميد مدير إدارة البحث الجنائي بمديرية أمن جنوب سيناء بالإعتراض رقم (١) سنة ١٩٩٠ للجنة فحص الإعتراضات المشكلة طبقاً لنص المادة التاسعة من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ٢٠١ لسنة ١٩٩٠ معترضاً على ترشيح المدعى بالحق المدني مردداً في صحيفة الإعتراض ذات المطاعن التي ردها السيد وزير الداخلية ومدير مصلحة الأمن العام السالف الإشارة إليها (حافظة مستندات بالحقوق المدنية رقم ٤ مستند رقم ٢) وكان ذلك بناء على مذكرة قامت بإعدادها إدارة مكافحة المخدرات وأرسلتها إلى مدير شعبة البحث الجنائي بمديرية أمن جنوب سيناء للإعتراض على ترشيحه وقد تضمنت المذكرة كافة

بإعتقال ١٩٨٩/١٠/٢٨ المدعى بالحق المدني للأسباب الواردة بالمذكورة المرفقة بالقرار

وابعاء صورة محضر إشتباه وتحريرات صادر عن قسج المخابرات بقيادة حرس الحدود يفيد بأن المذكور من أخطر المهربين في عملية تهريب المخدرات التي تتم عبر خليج السويس وسبق إعتقاله بالأمر العسكري رقم ٥٤ بتاريخ ١٩٥٦/٦/١٨ - وأفرج عنه في ١٩٦١/٧/١٧ ثم صدر أمر الإعتقال رقم ١٩ سنة ١٩٦٢ ضده وإنه ورد ككتاب إدارة المخابرات الحربية والإستطلاع بتاريخ ١٩٧٤/٧/٣ يفيد إن المذكور استطاع مساعدة بعض الوحدات الخاصة خلال حرب أكتوبر خلف خطوط العدو وعليه تم العرض على المشير أحمد إسماعيل على حيث شكره على الدور الوطني الذي قام به وتبرع للمجهور المحرم عام ١٩٦٧ ، ١٩٦٨ بمبلغ ٢٠٠٠ جنيه وخمسون جنيهاً من الذهب غير إنه ورد خطاب من إدارة المخابرات الحربية والإستطلاع في ١٩٧٧/٢/٢٩ يفيد أن

من نشاط من أدلى بها ابتداء بل تؤسس نفيها لمسئوليته على قيامه بالتخري لأعمال فكرة على النحو الواجب كصحفى لا يهدف إلا إلى مجرد إعلام قرآنة بواقعة تهمهم جميعاً مؤيداً إياها بالأدلة التي تجعلها مقنعة لمن يطلع عليها أو يستمع إليها .

- وحيث إن المحكمة تستظهر حسن نية التهم الأول من إنه لم يكن مستهدفاً للتشهير بالمضى بالحق المدنى أو الإنتقام منه فهو لم يخصه بالمقال وحده بل إشتعل التحقيق الصحفى على ثلاثة غيره ممن فازوا معه فى الإنتخابات ولم يقل المدعى بالحق المدنى نفسه بوجود خضومة أو ضغينة بينه وبين كاتب المقال فضلاً عن إنتفاء شبهة التنافس الحزبى على مقعد الدائرة فالمعروف لدى الرأى العام إن حزب الوفد الجديد لم يشترك فى الإنتخابات التى فاز فيها المدعى بالحق المدنى .

وأخيراً فإن الواقعة التى تناولها المقال تهم الجماهير وتتصل إتصلاً وثيقاً بالمجتمع

بعد أن تناولتها صحف ومجلات كثيرة (حافظة رقم ٦ من حوافظ المدعى عليه الثالث) ولما تحتله السلطة التشريعية من ناحية أخرى فى نفوس أفراد المجتمع من مكانة عالية ومنزلة رفيعة ولا ريب فإن كل من ينتسب إليها من خبرة مواطنى هذا الشعب وأبناء عماله الكادحين وفلاحيه الشرفاء ومن ثم فإن نشر تعليقه على هذا المسلك الخلل لا يكون جريمة ما بل ممارسة صحيحة ومفيدة لحق النقد ومحققه للحكمة من شرعته ولا بغير من هذا النظر ما دونه التهم الأول فى أعلى التحقيق الصحفى بعامود أسود إن قاعة مجلس الشعب بعد أن كانت تجلجل بأسماء سعد زغلول ومصطفى النحاس ويوسف الجندى وويصا واصف وعزيز همى أصبحت تضيق بأسماء المسجلين فى صحيفة السوابق ومحار المخدرات فإنه فضلاً عن إعتقاده بصحة هذه الوقائع على نحو ما أسلفناه فإن هؤلاء بلا شك وأمثالهم من الشوامخ أثروا الحياة النيابية فى مصر وزينوها ما عابوها ودفعوها فما إنتكسوها .

وحيث إنه وقد إنتهت المحكمة إلى أن التهم الأول لم يقم لديه قصد فى القذف ولا رغبة فى المساس بشرف المجنى عليه أو إعتباره .

بل كان مدفوعاً فيما كتبه بصالح الجمهور وخدمة المجتمع فإنه لا يسع المحكمة إلا القضاء ببراءته عملاً بالمادة ١١/٣٠٤ أ ، ج .

- وحيث أنه بالنسبة للتهم الثانى (رئيس التحرير) فقد إنتهت مسئوليته الإفتراضية مادامت المحكمة قد إنتهت إلى إعتبار المقال من قبيل النقد المباح .

ومن ثم يتعين الحكم ببراءته عملاً بالمادة ١١/٣٠٤ أ ، ج .

- وحيث أنه بالنسبة للادعى المدنية فإنه وقد توافرت لحق النقد شرائطه كسب من أسباب الإباحة بما تقتضى معه مسئولية المدعى عليهم الثلاثة وتغذو الدعوى وأحوال كذلك وأجبة الرضى قانوناً مع إلزام المدعى بالحق المدنى بمصروفاتها شاملة أتعاب المحاماة .

- ولا يغتور المحكمة في ختام حكمها أن تنوه إلى أنه قد بات حرياً ومجدياً إضافة تعديل إلى قانون مجلس الشعب رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ بأن يضاف إلى الشروط الواجب توافرها في المرشح شرط أن يكون محمود السيرة حسن السمعة شأنه في ذلك شأن المرشحين لأية وظيفة عامة مع عدم قصر الحق في الاعتراض المنصوص عليه في المادة التاسعة من القانون المذكور على المرشح المنافس بل بسطته إلى كافة ناخبي الدائرة والجهات التي أناطت بها الدولة التحري وتقصى الحقائق في كل أمر يتعلق بأمن النظام وسلامة المجتمع بإعتبار أن المرشح لهذا المنصب سيكون له موقعاً هاماً

ويمحبل على كتفه أمانة ومسئولية التمثيل النيابي وفي ذلك الضمان الكافي لتصفية المطاعن التي تفسد المرشحين وتلاقياً لما قد يوجه إليهم بعد فوزهم في الانتخابات حفاظاً على كرامتهم ومكانتهم التي أولاها الشعب كى يؤدون رسالتهم الدقيقة ويضطلعون بالأمانة الموكولة إليهم ومن ثم يسان للمجلس دوره الفعال في الرقابة والتشريع بحسبانه سلطة من سلطات الدولة التي يتعين أن تحاط بسياسج منيع ضد من يحاول النيل منها .

وإن كان الدستور قد كفل للمواطنين حرية التشريع والانتخاب فإن حق الاعتراض على النحو السالف بيانه لا يعتبر قيداً على حرية المواطنين في التشريع .

بل فضلاً عن إنه ضمان لترشيح أفضل العناصر لتلك المناصب فإن حرية الفرد لا تربو بأية حال على مصلحة المجتمع

هذه الأسباب

وبعد الإطلاع على المواد سالفة الذكر

حكمت المحكمة غيابياً للمتهم الأول وحضورياً للمتهم الثاني ببراءة كل منهما من التهمة المسندة إليه .

وفي الدعوى المدنية برفضها بالنسبة للدعى عليهم الثلاثة الأول وألزمت المدعى بالحق المدني بالمصروفات وتبلغ عشرين جنيهاً مقابل أتعاب المحاماة .

صدر هذا الحكم وتلى علناً بجلسته يوم الخميس الموافق ٦ من يونيو سنة ١٩٩١ .

الخوف لا يرهب غير القلب الفاسد

« شكسبير »

المراجع القانونية

- (١) النقد المباح دراسة مقارنة سنة ١٩٧٧ د/ عماد النجار (رسالة دكتوراه) .
- (٢) جرائم الفكر والرأى والنشر د / محسن فؤاد (رسالة) .
- (٣) الوسيط في قانون العقوبات القسم الخاص د/ أحمد فتحي سرور .
- (٤) الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة د/ أحمد كمال أبو المجد .
- (٥) الموسوعة الجنائية جندى عهد الملك .
- (٦) مجلة القانون والإقتصاد د/ منال - ألقلف د/ أمال عثمان .
- (٧) حماية المحصور الجنائية من تأثير النشر د/ جمال العطيفي .
- (٨) جاسبريكتون تعليق بمجلة المحاماه .
- (٩) حرية الرأي وجرائم الصحافة والنشر د/ رياض شمس .
- (١٠) إستعمال الحق كسب للإباحة د/ عثمان سعيد عثمان (رسالة دكتوراه) .
- (١١) شرح قانون العقوبات - القسم الخاص د/ محمود مصطفى .
- (١٢) إستعمال الحق كسب للإباحة د/ محمود تهيب حسنى .
- (١٣) مساهمة في النظرية العامة للحريات د/ نعيم عطية .

مراجع

مراجع

مراجع

مراجع

مراجع

مراجع

مراجع

مراجع

مراجع

مراجع

مراجع

مراجع

مراجع

مراجع

مراجع

مراجع

مراجع

مراجع

مراجع

مراجع

مراجع

مراجع

مراجع

مراجع

مقدمة - تقسيم :

تختص المحاكم المنازعات المدنية والتجارية على ما نص عليه فى المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية إلا ما أستثنى بنص خاص . ولما أستثنى المنازعات الإدارية . والدستور - فى المادة ١٧٢ منه - جعلها من إختصاص مجلس الدولة . وجاء قانون مجلس الدولة ٧٢/٤٧ تمييزاً لها ^(١) ، . تختص بها أصلاً محاكم مجلس الدولة على أنه أستثنى القانون ما يكون منها متعلقاً بالمنازعات بين أجهزة الدولة فتباشر البت فيها الجمعية العمومية . وهو إختصاص مقرر لها منذ إنشاء المجلس ويجب إختصاص المحاكم رغم أن الجمعية بتشكيلها ليست محكمة ، وأن إختصاصها فى الأصل من إختصاص المحاكم ، وكان مقررأً . أصلاً لمحكمة القضاء الإدارى على التفصيل الآتى فى موضعه

وإذا كان الأمر كذلك فإن إختصاص الجمعية العمومية - فى صدد الفصل فى المنازعات بين الجهات العامة له طبيعته الخاصة سواء فى إجراءاته أو نطاقه أو أحكامه وهو ما يقتضى عن التقاضى سواء أمام القضاء الإدارى أو القضاء العادى .

ومن أجل ذلك وللإعتبارات المتقدمة ، وبالنظر إلى أهمية التقاضى أمام الجمعية العمومية رأينا ، دراسة هذا الموضوع فى الفقه والقضاء تأصيلاً وتحليلاً ، ثم نقب ذلك خاتمة نعرض فيها لنتائج الدراسة ، ونطرح فيها بعض الأفكار والمقترحات لتطوير نظام العمل بالجمعية العمومية .

خطة الدراسة

مبحث تمهيدى : نظرة إلى إختصاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع .

فصل أول : طبيعة التقاضى أمام الجمعية العمومية .

فصل ثانى : مناه وضوابط إختصاص الجمعية العمومية .

فصل ثالث : إجراءات التقاضى أمام الجمعية العمومية .

فصل رابع : جواز إعادة النظر فى قرارات الجمعية العمومية .

خاتمة :

بحث تمهيدى

نظرة إلى إختصاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

بينت المادة (٦٦) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ إختصاصات الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ^(٢) ، إذ نصت على أن تختص الجمعية العمومية بإبداء الرأى فى المسائل والموضوعات الآتية :
(أ) المسائل الدولية والدستورية والتشريعية وغيرها من المسائل القانونية الى تحال إليها بسبب أهميتها من رئيس

الجمهورية أو من رئيس الهيئة التشريعية أو من رئيس مجلس الوزراء أو من أحد الوزراء أو من رئيس مجلس الدولة .

(ب) المسائل التى ترى فيها أحد لجان قسم الفتوى رأياً يخالف فتوى صدرت من لجنة أخرى ، أو من الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع .

(ج) المسائل التى ترى إحدى لجان قسم الفتوى إحالتها إليها لأهميتها .

(د) المنازعات التى تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض .

ويكون رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى هذه المنازعات ملزماً للجانين .

ويجوز لمن طلب إنهاء الرأى فى المسائل المنصوص عليها فى الفقرة (أ) أن يحضر بنفسه جلسات الجمعية عند النظر فى هذه المسائل ، كما يجوز له أن

يُسند من يراه ذوى الخبرة كمستشارين غير عاديين ويكون لهم - وإن تعددوا - صوت واحد فى المداولات .

كما تختص الجمعية العمومية بمراجعة مشروعات القوانين ، وقرارات رئيس الجمهورية ذات الصلة التشريعية واللوائح التى يرى قسم التشريع إحالتها إليها لأهميتها .

وباستقراء هذا النص ، يبين أن الجمعية العمومية ثلاثة أنواع من الإختصاصات : (١٣) .

النوع الأول : إختصاصات لها طابع الفتوى ،

ويستفاد ذلك من إستقراء الفقرات الثلاث الأولى من المادة ١٦٦١ المشار إليها ، وإختصاص الجمعية العمومية فى المسائل الدولية والدستورية والتشريعية وإلهام من المسائل القانونية ألا ينشأ إلا إذا أحييت المسألة على الجمعية من حدهم نص المادة ٦٦ سالف الذكر على سبيل الحضر وهم رئيس الجمهورية والهيئة التشريعية والوزراء . ورئيس مجلس الدولة ولم يخلو النص

غير هؤلاء ممن هم فى حكم الوزراء أو فى درجتهم إحالة هذه المسائل .

النوع الثانى : الإختصاصات ذات الطابع الصياغى بمراجعة التشريعات .

تختص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع . على نحو ما ورد بعجز المادة ٦٦ المشار إليها - بمراجعة مشروعات القوانين وقرارات رئيس الجمهورية ذات الصلة التشريعية واللوائح التى يرى قسم التشريع إحالتها إليها لأهميتها .

وإختصاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى هذا الصدد مع الأخذ فى الإعتبار بحكم المادة ٦٣ من قانون مجلس الدولة (١٤) - ليس أمر يعتمده القانون وإن إختصاصها مقصور على ما يحال إليها من قسم التشريع لأهميتها .

ومن ناحية أخرى ، فإن الذى يجرى عليه العمل ، إنه لا قسم التشريع ولا الجمعية أن تتعرض لموضوع ما يعرض عليها من مشروعات القوانين واللوائح

كان وارد بالمادة الثالثة من قانون سنة ١٩٤٦ ونص في المادة ٣٣ على أن : " يبدى قسم الرأى مجتمعاً رأيه فى المسائل الآتية :

(أولاً) :
(سادساً) : المنازعات التى تنشأ بين الوزارات وبين المصالح المختلفة أو بين هذه الوزارات والمصالح وبين الهيئات الإقليمية أو البلدية أو بين هذه الهيئات وجاء بالذكر الإيضاحية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ ، والقانون القائم والقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ ويجعل من إختصاص محكمة القضاء الإدارى الفصل فى المنازعات التى تنشأ بين الوزارات عدا وزارة الأوقاف أو بين المصالح المختلفة ، وإذا كانت هذه المنازعات جميعها إما تقوم فى الواقع بين فروع السلطة التنفيذية وبينها ، وكان لا يعرض أمرها من قبل على المحاكم بل كان يبت فيها بالطرق الإدارية ، فقد يبت أن يوكّل النظر فى ذلك إلى قسم الرأى مجتمعاً إذ كان ملحوظاً منذ البداية إن فصل محكمة

أمام الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع .

فإنه يبين من تقضى مراحل التطور التشريعى فى هذا الصدد (١) ، إنه عندما صدر قانون إنشاء مجلس الدولة رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ نص فى مادته الثالثة على أن تفصل محكمة القضاء الإدارى فى المنازعات التى تنشأ بين الوزارات عدا وزارة الأوقاف وبين المصالح المختلفة أو بين هذه الوزارات والمصالح وبين الهيئات الإقليمية أو البلدية ، وجاء بالذكر الإيضاحية لهذا القانون تعليقاً على المادة الثالثة المذكورة إن جميع هذه المنازعات إنما تقوم فى واقع الأمر بين فروع السلطة التنفيذية وهيئاتها ولم يكن يعرض أمرها من قبل المحاكم العادية ، بل كان يبت فيها يتم بالطرق والوسائل الإدارية ، وفى سنة ١٩٤٩ صدر القانون رقم ١٩ وألغى القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ واستبعد القانون الجديد إختصاص محكمة القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٤٦ واستبعد القانون الجديد إختصاص محكمة القضاء الإدارى الذى

وتقتصر مهمتها على جانب الصياغة والشكل أو بمعنى آخر لا تتجدي لدى ملاكمة ما هو معروض عليها ، ولكن لدى مشروعيته بالنظر إلى موضعه فى عالم القانون .

النوع الثالث : إختصاصات ذات طابع قضائى :

ورد النص على إختصاصات الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ذات الطابع القضائى فى الفقرة (د) من المادة ٦٦ من قانون مجلس الدولة المشار إليها وإختصاصها - فى هذا الشأن - يعتبر إختصاصاً مانعاً لا تشارك فيه جهة قضائية أو إدارية أخرى (٢) .

وهذا النوع من الإختصاص المفقود للجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع هو موضوع دراستنا فى هذا الصدد

فصل أول

طبيعة التقاضى أمام الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع

يجدر بنا هنا أن نعرض إلى مراحل التطور التشريعى بالنسبة إلى طبيعة التقاضى

القضاء الإدارى فى شأن تلك المنازعات ليس قطعياً فإن قراراتها لا تكون نافذة إلا بعد إقرارها من مجلس الوزراء مما يطبع الفصل فى هذه المنازعات بطبع خاص هو إلى الفتوى أقرب منه إلى الحكم .

وفى سنة ١٩٥٥ ألغى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ وحل محله القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ الذى سار على درب قانون سنة ١٩٤٩ ونقل حكم الفقرة (سادساً) من المادة ٣٣ منه إلى الفقرة (ج) من المادة ٤٤ من القانون الجديد الذى سعى - قسم الرأى مجتمعاً - من قانون سنة ١٩٥٥ إلى الفقرة (ج) من المادة ٤٧ من القانون .

وفى سنة ١٩٥٩ ألغى القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ وحل محله القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ الذى نقل حكم الفقرة (ج) من المادة ٤٤ من قانون سنة ١٩٥٥ إلى الفقرة (ج) من المادة ٤٧ من القانون الجديد .

وفى سنة ١٩٧٢ ألغى القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ ،

الذى نص فى المادة ٦٦/د منه على إختصاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى بإبداء الرأى فى المنازعات التى تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض وتكون الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى هذه المنازعات ملزماً للجانبين .

ونخلص من العرض السابق إلى ما يلى :

(١) أن نظر النزاعات بين الوزارات والمصالح لم يكن إختصاصاً لأى جهة قضائية فيها قبل العمل بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ وإنما كان البت فيها يتم إدارياً .

(٢) أن تقرير نظر هذه النزاعات ، فى القانون المذكور لمحكمة القضاء الإدارى لم يصل إلى حد إدخال الإختصاص فى ولاية المحكمة القضائية ، وإنما كانت الأحكام الصادرة فى هذه النزاعات تمثل درجاً من القضاء المحجوز يستلزم مصادقة الإدارة عليه ليسلك

سبيل إلى التنفيذ . كما أن هذا الإختصاص كان لمحكمة القضاء الإدارى وحدها دون أن يدخل فى ولاية أية جهة قضائية أخرى (٧) .

(٣) عمد الشارع بعد إلغاء القانون سنة ١٩٤٦ إلى نقل هذا الإختصاص لقسم الرأى مجتمعاً ومن بعده للجمعية العمومية للقسم الاستشارى محتفظاً له بنفس سيادته نحو قصره على قمة تشكيلات قسم الرأى بمجلس الدولة زوّن أى جهة مع بقاء إختصاصه فى نطاق الفتوى لا الأحكام القضائية .

(٤) احتفظ القانون فى ٥٥ لسنة ١٩٥٩ و٤٧ لسنة ١٩٧٢ للجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ولاية النزاعات بين الجهات المشار إليها بالنص ، مع بقاء إختصاصه فى نطاق إبداء الرأى الملزم ، ولم يصيغ عليه وصف الأحكام القطائية .

ونخلص من ذلك أن إختصاص الجمعية العمومية المشار إليه هو إختصاص لا تشاركها فيه أى جهة قضائية

أو إدارية أخرى وما إنتهى إليه من رأى فى النزاع يعتبر بنص القانون ملزماً للإدارة .

وما يؤكد قصر الاختصاص المذكور على الجمعية العمومية وحدها أن قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ (ومن قبله قانون نظام القضاء رقم ٤٧ لسنة ١٩٤٩ وقانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٦) حين حدد ولاية المحاكم نص فى المادة ١٥ منه على أن ، فيما عدا المنازعات الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات والجرائم إلا ما أستثنى بنص خاص ، ونص المادة ١٧ منه على أنه . ليس للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من أعمال السيادة ولها دون أن تؤول الأمر الإدارى أو توقف تنفيذه أن تفصل .

(١) فى المنازعات المدنية والتجارية التي تقع بين الأفراد والحكومة أو الهيئات العامة بشأن عقار أو منقول عدا الحالات التي ينص فيها القانون على غير ذلك .

(٢) فى كل المسائل الأخرى الى يخولها القانون حق النظر فيها .

ومن هذين النصين يبين أن المشرع أوضح ولاية المحاكم فى الفصل فى منازعات الحكومة وحدها بتلك التي تثور بينها وبين الأفراد ومن ثم تخرج عنها منازعات الوزارات والمصالح العامة فيما بينها ، كما أن نص المادة (١٥) المشار إليه ، يستقبل للمحاكم المنازعات التي تقوم بين جهات إدارية وينظم القانون الذي يحكم المنازعة موضوعاً ، الاختصاص الفصل فيما ينشأ عنها من أفضية .

ولقد أكدت المحكمة الدستورية العليا ، هذا النظر فى شأن طبيعة التقاضى أمام الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع : إذ قضت أن المشرع أناط بالجمعية العمومية سلطة إبداء الرأى الملزم طبقاً لنص المادة ٦٦/د من قانون مجلس الدولة ، إلا أنها تعد محكمة بالمعنى الذى عناه المشرع فى المادة (١١٠) من قانون المرافعات المدنية

والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ (١) ، بإبداء الرأى الملزم الذى خصها القانون ليس قضاء ولا يقلها إلى محكمة . فالمشرع لم يسغ على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ولاية القضاء فى المنازعات الى تقوم بين فروع السلطة التنفيذية وهيئاتها ، وإنما عهد إليها بجهة الإقتاء فيها بإبداء الرأى مسجياً على ما يفصح عنه صدر النص .

ولا يؤثر فى ذلك ما أضفاه المشرع على رأبها من صفة الإلزام لأن هذا الرأى الملزم لا يتجاوز حد الفتوى ولا يرقى به نص المادة ٦٦ المشار إليها إلى مرتبة الأحكام ذلك أن الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ليست من بين ما يتألف منه القسم القضائى لمجلس الدولة ، ولا تتبع عند طرح المنازعة عليها الإجراءات التي رسمها قانون المرافعات أو أية قواعد إجرائية أخرى تقوم مقامها وتتوافر بها سمات إجراءات التقاضى وضماناته ، كما لا يجوز الرأى الذى تبديه بشأنها جبية الأمر المقضى ، ومن ثم فإن حالة النزاع إليها لا يجعل الإختصاص معقوداً لها .

رأينا في هذا الخصوص :

عرضنا فيما سبق للتطور في شأن طبيعة التقاضي أمام الجمعية العمومية ، كما عرضنا لقرارات مطولة من حكم المحكمة الدستورية العليا في هذا الصدد ولنا في كل ما تقدم عدة ملاحظات نعرض لها فيما يلي :

(أولاً) اجتمعت الأفكار المتقدمة على أن الجمعية العمومية لتسمى الفتوى والتشريع ليست من بين ما يتألف منه القسم القضائي لمجلس الدولة وبالتالي فإنها لا تعد محكمة .

ومع تسليمنا بهذه النتيجة ، إلا أن الجمعية العمومية تفصل في مسائل ومنازعات مما يختص بنظرها سواء القضاء العادي أو الإداري فإنه يمكن إعتبارها محكمة من نوع خاص ، أسند إليها المشرع الفصل في المنازعات التي تثار بين الجهات المنصوص عليها قانوناً .

ومؤدى ذلك أن المشرع أخرج هذه المنازعات من ولاية القضاء العادي والإداري وأسندها إلى الجمعية العمومية ، لا يشاركها

فيه أى جهة قضائية أخرى وما يعزز هذا النظر أن الجمعية تكون طبقاً للمادة ٦٥ من القانون ٧٢/٤٧ من قسمة مستشارى المجلس إذ يرأس الجمعية نائب لرئيس المجلس وعضوية نواب رئيس المجلس لقسمى الفتوى والتشريع ومستشارى قسم التشريع ورؤساء إدارات الفتوى ممن ترمسون في أعمال القضاء وفي أقسام المجلس المختلفة وهذا مما حدا بالمشرع إلى جعل التقاضي أمام الجمعية العمومية على درجة واحدة ، إذ لم ينص على سبيل الطعن فيما تصدره من قرارات وعلى التفصيل الآتى في موضعه .

ثانياً : إقحبت وجهات النظر المتقدمة إلى إعتبار ما تصدره الجمعية في شأن الفصل في المنازعات المنصوص عليها في ٦٦م / في قرارات ملزمة وليست أحكام قضائية .

وهذه النتيجة لا تعدو أن تكون امتداداً للأولى إلا أن هذا النظر على إطلاقه غير تسديد فإنه ولئن كانت الأحكام بالمعنى الضيق لا تصدر إلا في خصومة

بين طرفين ، وتحوز حجية التقضى فيه ، مما يستلزم بالضرورة عدم معاودة النظر فيه مرة أخرى أمام ذات المحكمة ، إلا إنه إذا نظرنا إلى طبيعة الخصومة أمام الجمعية وأطرافها ، نجد أنها "نزاع" وبين شخصين من أشخاص القانون العام ، وهى مما تتوافر فيه مقومات المنازعة الإدارية ، ومن ثم فإن ما تصدره من قرارات تعد بمثابة أحكام وتستند هذه الصفة من كونها ملزمة فهى تشابه من هذه الزاوية مع الأحكام القضائية .

وما يؤكد ذلك أن الجمعية العمومية إنتهت إلى تقرير عدم اختصاصها بنظر النزاع هو قرار قضائي لا يجوز الرجوع فيه ^(٩) .

ولا يقال من هذا النظر أن قرارات الجمعية لا يضافى عليه القانون صيغة الأحكام ومذيلة بالصيغة التنفيذية على نحو ما نصت به المادة ٢٨٠ مرافعات من إنه لا يجوز التنفيذ الجبرى إلا بسند تنفيذي إقتضاء حق محقق الوجود ومعين المقدار وحال الأداء ، ولا يجوز التنفيذ إلا بموجب صورة من السند

بين المؤسسات العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض ، ويكون رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى هذه المنازعات ملزماً للجانبين ، ومفاد هذا النص أن المشرع وضع أصلاً عاماً مقتضاه إختصاص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى شأن منازعات الجهات العامة المشار إليها فيما بينها هو البديل للإختصاص القضائى المنوط بالمحاكم على إختلاف أنواعها ودرجاتها حيث إقتضت إعتبرات التنظيم الإدارى للدولة والمصلحة العامة النأى بهذه المنازعات عن إختصاص القضاء لتحسم بالرأى الذى تصدره الجمعية العمومية بها ، ويكون له صفة الإلزام^(١٦)

والمقصود بالمنازعة التى تختص الجمعية العمومية بالفصل فيها برأى ملزم هى المنازعة التى تقابل الخصومة القضائية ، أى التى تقوم بين طرفين متنازعين ويكون مجالها حق أو مركز قانونى متنازع عليه بينهما ، فتحسم الجمعية العمومية هذه المنازعة برأى ملزم للجانبين^(١٧)

صفتها المقامة . ثم إن مجلس الوزراء يقوم عليها جميعاً وعليه أن يلزم كل جهة بتنفيذ الرأى ، هذا إلا أنه لا يصح المنازعة من أى جهة فى سلامته ولا يقبل أن تمتنع الإدارة التى قضى عليها عن تنفيذه . إلا أنه مما يجدر الإشارة إليه إنه كثيراً ما يحدث منازعات فى التنفيذ بين جهات الإدارة والسبيل الوحيد هنا هو اللجوء السلطات الرئاسية لمحاولة الضغط على الجهة التى تامل فى التنفيذ لحثها على المبادرة فى التنفيذ ، إحتراماً لما إنتهت إليه الجمعية العمومية فى شأنها .

فصل ثالث

مناط وظيفية إختصاص الجمعية العمومية

إن المادة ٦٦ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة تنص على أن :

تختص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بإبداء الرأى مستنبهاً فى المسائل الآتية^(١٨) المنازعات التى تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات العامة أو

التنفيذى عليها صيغة التنفيذ التالية وعلى الجهة التى يناط بها التنفيذ أن تبادر إليه متى طلب منها وعلى السلطات المختصة أن تعين على إجراءاته ولو بإستعمال القوة متى طلب إليها ذلك ، ذلك أن الجهات الإدارية ، فى سبيل إقتضاء حقوقها فيما بينها ، إلى تنفيذ قراراتها بالقوة الجبرية ، كما أنه لا يجوز لجهات الإدارة أن تلجأ إلى أساليب التنفيذ الجبرى أو المحجز عليها لإقتضاء حقوقها على نحو ما هو مقرر للأفراد ، بل هى تلجأ إلى أساليب أخرى منها المقاصة أو التسوية الودية ، إذ أنه من غير المستثنى أن تلجأ جهات الإدارة إلى إستعمال وسائل غريبة (مثال ذلك : المحجز التحفظى ، التنفيذ الجبرى ، حجزاً للمدين لدى الغير^(١٩) - مما قد لجأ إليها الأفراد فيما بينهم لإقتضاء حقوقهم ذلك أن المنازعة بين وزارتتين أو جهتين عامتين من أى نوع كانت أموالها أموال عامة وإنتماؤها فى النهاية إلى الكيان الكلى للدولة كشخص عام ولمدد الخصومة بينهما مرفوض بحكم

النهائية والتي يختص القضاء الإدارى بالنظر فى إلغائها فإن وصفها بأنها نهائية أى إدارياً ، وهذا الوصف لم يمنع من أن يقر القانون الطعن فيها طبقاً للمادة (١٠) من قانون المجلس رقم ٧٢/٤٧ وما ذهب إليه د. مصطفى كمال وصفى محل نظر . فإنه .

اولاً : يخالف صريح نص م/٦٦د من قانون المجلس التى خصت الجمعية - دون غيرها - بنظر المنازعات الإدارية التى تشور بين الجهات العامة .

ثانياً : إن هذا رأى يهدر الحكمة التشريعية التى صاغت نص م/٦٦د إذ أن لإعتبارات الى إقتضت تقرير هذا النص ، تسرع على ما يتطلبه التنظيم القضائى منه تعدد درجات التقاضى . فضلاً عما فى ذلك من عدم ضياع الوقت والحيلولة دون تناقض أحكامه .

ثالثاً : أن مؤدى الأخذ بهذا رأى ، تأييد المنازعات الإدارية دون الفصل فيها على وجه ينهى المنازعة إستقراراً للأوضاع الإدارية ، ووضع جد لها . بدلاً من تأييدها .

ويعرف البعض ^(١٦) المنازعة الإدارية بأنها مجموعة الإجراءات التى تبدأ بإقامة الدعوى أمام المحكمة بناء على مسلك إيجابى يتخذ من جانب المدعى ، وتنتهى بحكم فاضل فى النزاع ، أو بتنازل أو صلح أو بسبب عيب أو خطأ فى الإجراءات أو بأمر عارض فهم حالة قانونية تنشأ عن مباشرة الدعوى .

كما عرف د. مصطفى كمال وصفى ^(١٧) المنازعة الإدارية بأنها الإجراءات القضائية التى تتخذ أمام القضاء الإدارى للمطالبة بأثر من الآثار المترتبة على علاقة إدارية .

إلا أنه ذهب فى موضع آخر إلى أن نص م/٦٦د فى شأن تحديد إختصاص الجمعية العمومية بنظر المنازعات التى تشور بين الجهات الإدارية وإلا كان غير دستورى ويكون معنى إلزام الطرفين ، أى إدارياً لا قضائية فلا يتخذوا فيه إجراء إدارياً مضاداً أو موقفاً مخالفاً لمقتضاء ، إلا الطعن فيه أمام القضاء وذلك كما هو الحال بالنسبة للقرارات الإدارية

كما أوضحت الجمعية العمومية ^(١٨) مدلول المنازعة ، بصورة أشمل إذا أشارت إلى أن المنازعة التى يتعمد إختصاص الجمعية بنظرها هى المنازعة حول حق قانونى ، ويفترض ذلك بالضرورة وجود إلزام سابق يتنازع فى وجودها أو فى الوفاء به ، يستوى أن يكون مصدر هذا الإلتزام عقداً ، أو إرادة منفردة أو عملاً غير مشروع أو إثراء يلا سبب أو نصاً فى القانون على أنه يلاحظ إن الجمعية العمومية ^(١٩) ذهبت فى صدد منازعة تتعلق بمنازعة بين جامعة المنوفية والوحدة المحلية لمدينة شبين الكوم حول تحديد القيمة الإيجابية لفيلات وعقارات تستخدم للإسكان الطلابى إلى أن إختصاص المقررة لها فى الفقرة (د) لا يتعمد إلا عند وجود نزاع على حق مالى بين جهتين من الجهات المشار إليها فيه بإعتبار أن هذا الطريق الذى رسمه المشرع لفض المنازعات بين الجهات المشار إليها بالنص والبديل عن إستعمال الدعوى كوسيلة حماية الحقوق وفض المنازعات .

(إيضاحاً: أن النص على نص ١٩٦٦/د بأنه غير دستوري . بدعوى حجب اختصاص القضاء الإدارى بنظر المنازعات ، أمر غير مقنع ، بل إنه يخالف ما استقر بشأن قضاء المحكمة العليا فى هذا الصدد وعلى النحو السالف الإشارة إليه .

ومع تقديرنا للأراء المتقدمة ، إلا أنها لم تتناول تعريف المنازعة الإدارية فى خصوص حكم المادة ٦٦/د من قانون مجلس الدولة .

ومن رأينا أن مدلول المنازعة التى تختص الجمعية العمومية بنظرها يختلف جزئياً عن مدلول المنازعة الإدارية بصفة عامة . فهما يتفقان فى جوهر المنازعة ويختلفان فى أطرافها . وفى آثارها .

ومن هنا ، فإن تعليقنا يتناول تعريف الجمعية فى هذا الصدد فقد إتجهت فى هادى الأمر إلى اعتبار المنازعة التى تختص بنظرها حق أو مركز قانونى متنازع عليه ، كما ذهبت فى هذا الصدد ، إلى تفسير مدلول المنازعة بصورة أكثر وضوحاً - فقالت إن مدار

المنازعة حق قانونى ، ويفترض وجود التزام سابق يتنازع فى وجوده أو فى الوفاء به ، أياً كان مصدره سواء فى عقد أو إرادة منفردة أو عملاً غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نصاً فى القانون .

إلا أن الجمعية العمومية - ذهبت فى مناسبة أخرى - إلى أن اختصاصها لا يتعدى إلا عند وجود نزاع على حق مالى .

ومن وجهة نظرنا ، أن رأى الأول الذى تبينته الجمعية العمومية هو الأولى بالنظر والإتياع للأسباب التالية :

أولاً: إن الأصل فى تفسير النصوص القانونية وتفهم مدلولها أن تحمل ألفاظها على ما يقضى به الإصطلاح والعرف القانونيان لا ما تقضى به الأوضاع اللغوية ، لأن الأصل أيضاً أن المشرع يستعمل فى صياغته للنصوص اللغوية القانونية ، الألفاظ فى معانيها القانونية الخاصة لا بمعانيها اللغوية العامة وذلك كله ما لم يتم دليل من النص على أن المشرع إستهدف بلفظه معين معناه اللغوى لا معناه

القانون^(١٩) .

وحيث أن عبارات نص الفقرة (د) من المادة ٦٦ من قانون المجلس المشار إليه فى شأن اختصاص الجمعية العمومية بنظر المنازعات التى تنشأ بين الجهات المحددة بالنص ، وردت مطلقة ، والقاعدة أن المطلق يؤخذ على إطلاقه ما لم يخص ، ومؤدى ذلك أن الجمعية تختص بنظر سائر المنازعات أياً كانت طبيعتها .

والواقع أن النزاع قد يشور حول اختصاص جهات المنازعة بالبت فى بعض المسائل أو التصرف فيها وفقاً لقوانينها وإعتراض بعض الجهات على غضب سلطة أخرى وفى مثل تلك الأمور الأولى أن تلجأ كلتاهما إلى الوزير المختص أو مجلس الوزراء على أن التصرف أو القرار المفروض عليه قد يكون من جانب (المجالس المحلية ، الإدارة المركزية) .

ثانياً: أن ما ذهبت إليه الجمعية العمومية من قصر إختص على المنازعات التى تدور حول نزاع - من حق مالى - أمر يتعارض مع ما قصده

أى نزاع يتصل بملك الأموال يباشره ناظر الوقف وهو من أشخاص القانون ولو كان الذى يباشر نشاطه من أشخاص القانون العام (٢٣) وأساس ذلك أن الأوقاف هنا ليست جهة إدارية بل أشخاص من أشخاص القانون الخاص .

- المنازعات المتعلقة بالحيازة إذ إنتهت الجمعية العمومية إلى أن المشرع عقد الإختصاص فى شأنها للنيابة العامة طبقاً للقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ .

وبالتالى لا إختصاص للجمعية العمومية فى هذا الشأن ولو كان النزاع بين جهتين من الجهات الواردة فى المادة ٦٦/د من قانون مجلس الدولة (٢٤) .

- المنازعات فى تقدير الرسوم طبقاً للقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية فى المواد المدنية إذ إنتهت الجمعية العمومية إلى عدم إختصاصها بنظرها تأسيساً على أن تقدير الرسوم يتم بأمر يصدره رئيس المحكمة أو القاضى الذى أصدر الحكم حسب الأحوال بناء على طلب

إلا أن المتتبع لأرائها فى تلك المنازعات يكتشف فيها إنها أخذت على نفسها فى ألا تختص بنظر بعض المنازعات وفى ذلك قررت عدم إختصاصها بالمنازعات التالية التى تنشعب بين الجهات العامة المحددة فى النص المشار إليه (٢٥) المنازعات المتعلقة بالضرائب التى تنشأ بين مصلحة الضرائب وغيرها من الجهات الواردة بنص الفقرة (د) من المادة ٦٦ المشار إليها إستناداً إلى قانون الضرائب إذ إنتهت الجمعية إلى عدم إختصاصها على أساس أن المشرع رسم إجراءات معينة للنظر فى المنازعات الضريبية وحدد جهات بذاتها بنظر هذا النوع من المنازعات ، الأمر الذى يجب النزول عن أحكام القانون أياً كان أطراف هذا النوع (٢٦) .

- المنازعات التى تكون وزارة الأوقاف أو هيئة الأوقاف طرفاً فيها بصفتها القائمة على شئون الأموال الموقوفة وبين إحدى الجهات بالمادة ٦٦/د إنتهت الجمعية العمومية بعدم إختصاصها . تأسيساً على أن

الشارع من إستناد الفصل فى سائر المنازعات المتصوص عليها فى الفقرة (د) من المادة ٦٦ المشار إليها ، إلى الجمعية العمومية ، كما أن الأخذ بتفسير الجمعية السالف الذكر من شأنه أن يقيد إختصاصها بغير موجب أو مقتضى ويتربط على تبنى هذا التفسير إلى أن بعض المنازعات التى لا تندرج فى إطار هذا المدلول تخرج عن نطاق إختصاصها ، ويؤدى ذلك ، بالضرورة وبحكم اللزوم ، أن تصبح مثل تلك المنازعات بلا جهة تختص بنظرها ، الأمر الذى يضر بحسن سير العدالة - كما تضر بمصالح جهات الإدارة ذاتها الى تسعى إلى حل منازعتها فيما بينها .

وفى ضوء هذا الفهم ، أن النص الذى يعهد هذا الإختصاص للجمعية العمومية فى القانون السارى لمجلس الدولة لعام ١٩٧٢ ، لم يقصر المنازعات التى تضمنتها ذلك الإختصاص على نوع منها دون آخر ، ولم يقرنها بأى إستثناء أو تحفظ يسمح بخروج بعض منازعات الجهات العامة عن إختصاص الجمعية (٢٧) .

وحدد جهات بذاتها لنظر هذا النوع من النزاعات فإن هذه الإجراءات تكون واجبة الإستيفاء كما أن هذه الجهات تكون هي المختصة بنظر النزاعات المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة (ملف ٣٧/٢/٣٢ - جلسة ١٩٧٣/٥/١٦) .

- المنازعات المتعلقة بطلب رفع الحجز إنتهت الجمعية العمومية إلى أن إختصاصها بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الجهات المتصوص عليها في م ٦٦ د/١٩٦٦ على أنه قصر هذا الإختصاص على المنازعات الموضوعية التي تسود على أصل الحق . أما منازعات التنفيذ - فقد نظم المشرع الفصل فيها تنظيمياً خاصاً ،

وجعل ذلك لقاضي التنفيذ دون سواء ، ومن ثم فإن هذه المنازعات تدخل في إختصاص التنفيذ ، ولا تختص بها الجمعية العمومية ولو كانت المنازعة بين جهتين من الجهات المبينة بالمادة ٦٦ سالفة الذكر وأساس ذلك أن هذه المنازعات تخضع لإجراءات ومواعيد لا يتسنى الأخذ بها أمام

الفصل فيها تنظيمياً خاصاً ، وجعل ذلك لقاضي التنفيذ دون سواء ، وهذه المنازعات تدخل في إختصاص قاضي التنفيذ ، ولا تختص بها الجمعية العمومية ولو كانت بين جهتين من الجهات المبينة بالمادة ٦٦ د/ من قانون مجلس الدولة ، تأسيساً على هذه المنازعات تخضع لإجراءات ومواعيد لا يتسنى الأخذ أمام الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع (٢٤) .

ثم فإن ما نص عليه من إجراءات معينة ومحددة جهة بذاتها لنظر هذا النوع من المنازعات هو الواجب الإلتفاع طبقاً للأجل المقرر إلى الخاص بقيد عام (ملف ٣٩٢/٢/٣٢ - جلسة ١٩٧٤/١١/٦) .

كما إنتهت الجمعية العمومية - في هذا الخصوص أيضاً - إلى عدم إختصاصها بنظر المنازعات المتعلقة بتطبيق قانون نزع الملكية للمنفعة العامة - على سند من القول بأن هذا القانون له ذاتيته وأوضاعه الخاصة وإذا كان هذا القانون قد رسم إجراءات معينة

قلم الكتاب ويعلن هذا الأمر المطلوب منه الرسم ، وأجاز المشرع لكل ذي شأن أن يعارض في مقدار هذا الرسم أمام المحضر عند إعلانه بأمر التقدير أو بتقرير في قلم كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم خلال الثمانية أيام التالية لتاريخ إعلان الأمر وتقدم المعارضة إلى رئيس المحكمة أو القاضي الذي أصدر الأمر حسب الأحوال الذي يصدر حكمه بعد سماع أقوال قلم الكتاب ولامعارضة ، ويجوز إستئناف الحكم الصادر في المعارضة في ميعاد غايته خمسة عشر يوماً من يوم صدوره سقط حقه في الطعن ومؤدى ذلك أن قانون الرسم يتميز بذاتيته وأوضاع خاصة وقد رسم إجراءات معينة للنظر في المنازعات التي تنشأ عن تقدير الرسوم وحدد جهات بذاتها لنظرها وعقد لها دون غيرها الإختصاص بذلك أيأ كان أطراف هذا النزاع (٢٤) .

- المنازعات المتعلقة بإشكالات التنفيذ ، إذ إستقرت الجمعية العمومية في هذا الصدد إلى عدم إختصاصها إستناداً إلى أن المشرع نظم

تقدير الإجراءات وقضى ابتدائياً بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد اليعاد ، وعند إستئناف الحكم قضت محكمة إستئناف أسبوط بعدم إختصاص محكمة أول درجة ولائياً بنظر الدعوى وإحالتها إلى الجمعية العمومية إختصاص لقسمي الفتوى والتشريع ، فتصدت الجمعية العمومية بنظر النزاع والفصل فيه برأى ملزم^(٢٨).

المنازعات المتعلقة بنزع الملكية : وإنتهت الجمعية العمومية إلى قانون نزع الملكية للمنفعة العامة أو التحسين رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ (هذا القانون ألغى بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠) هو قانون له ذاتيته وأوضاعه الخاصة وإذا كان هذا القانون وقد رسم إجراءات معينه وحدد جهات بذاتها لنظر هذا النوع من النزاعات ، فإن هذه الإجراءات تكون واجبة الإستيفاء ، كما أن هذه الجهات تكون هي المختصة بنظر النزاعات المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة والتحسين ، ومن ثم تخرج عن إختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع^(٢٩).

أطرافه إذ يتعين أن يتم وفقاً للإجراءات والمواعيد وأمام الجهة التي حددها القانون الخاص بذلك وهي المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها المكان المؤجر محل النزاع ، ذلك أن هذا القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ له ذاتيته وأوضاعه الخاصة ، ومن ثم فإن ما نص عليه من إجراءات معينة وتحديد - لجهة بذاتها لتتظر هذا النزاع من المنازعات هو الواجب الإلتزام ، وتكون الجهة التي حددها القانون هي المختصة دون غيرها بنظر تلك المنازعات وينحصر عند الجمعية العمومية تبعاً لذلك الإختصاص بنظرها إذ أنه من المقرر أن الخاص يفيد العام^(٣٧).

ومع ذلك قررت الجمعية العمومية بإختصاصها بنظر منازعة حول تقدير القيمة الإجبارية بين وزارة الداخلية وبين مدينة أسوان تجنباً لنشوء حال تنازع سلبي على الإختصاص وإنكار العدالة وتلخص المنازعة في أنه بتاريخ ٢٧ من يونيو سنة ١٩٧٦ أقام وزير الداخلية بصفته الدعوى رقم ٣٨١ لسنة ١٩٧٦ لجنة

الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ومن بين هذه المنازعات طلب رفع الحجز عما يختص به قاضي التنفيذ وحده طبقاً لنص المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية وبناء على ذلك تدخل تلك المنازعات في إختصاص قاضي التنفيذ ولو كانت بين جهتين من الجهات المبينة بالمادة ٦٦ المشار إليها ، حيث لا يتوقف الفصل فيها على الفصل في موضوع أصل الحق^(٣٦).

- المنازعات المتعلقة بعلاقات

إيجار الأماكن التي ينظمها القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ و ١٣٦ لسنة ١٩٨١ (الاجرة) وإنتهت الجمعية العمومية إلى أنه ولئن كان الأصل أنها تختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الجهات المحددة على سبيل الخصوص المادة ٦٦/د إلا أنه إذا كان النزاع يتعلق بمنازعة تأجيرية يحكمها القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المشار إليه كان الفصل فيه يخرج عقد إختصاص الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع وذلك بغض النظر عن

إلا أن الجمعية كان لها اتجاه سابق - (٢٠) في شأن المنازعات المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة - إذ ذهبت إلى أن طابع الخبرة في منازعات قانون نزع الملكية لا يعنى شيئاً لاستبعاد اختصاص الجمعية العمومية ، لأن الاحتكام إلى الخبرة ، كما تعتبره الجهات التي حددها القانون إذا قدرت لزوم ذلك ، يمكن أن ترعاه الجمعية التي تملك - إذا أثارَت المسألة الى نظرها لزوم معرفة رأى خبير - أن تملك هذا السبيل ، فتطلب سماع أصل الخبرة أو تقاريرهم ، عوناً لها في النزاع وملتجئة في ذلك إلى جهات الخبرة الرسمية في وزارة العدل أو غيرها مع التصرف فيمن يتحمل بتكاليف ذلك من أطراف النزاع طبقاً لقانون المرافعات .

وهذا المسلك من جانب الجمعية العمومية ، محل نظر ، وإنه حان الوقت لإعادة النظر في تقرير اختصاصها بنظر جميع منازعات الجهات العامة فيما بينها وإبداء رأى ملزم للجانين فيها ، وذلك للإعتبارات التالية (٢١)

(١) إن اختصاص الجمعية العمومية بنظر وإبداء الرأى الملزم في المنازعات المشار إليها هو اختصاص مانع ، محل فيه محل الحاكم دون أن يكون شركة بينهما ذلك أن منازعات الجهات العامة ، لا مدخل لها إلى الفصل فيها من جهة قانونية محايدة ، إلا أن تطرح على الجمعية العمومية ، وإنه لا يوجد قانوناً قناة تصل بها إلى المحاكم ، ومؤدى قرار الجمعية بعدم اختصاصها بنظر إحدى تلك المنازعات ، أن تظل هذه المنازعة قائمة لا سبيل إلى البت فيها وتبقى بلا حل بحكم أو رأى ملزم إلى الأبد ولا شك أن هذا المؤدى مما يتعين في التفسير والتطبيق تجنبه .

(٢) إن الإختصاص المطروح يقوم بحسب النص به ، على أساس من أطراف النزاع ، فالاعتبار الذي يستمد منه ويستند إليه ، هو أن المنازعات محلها بين جهات عامة ولقد كان وظل كذلك منذ نشأته بقانون إنشاء مجلس الدولة وحتى قانونه الحالي ، أى أن موضوع المنازعة في ذاته أو طبيعتها على وجه الخصوص لم يكن

محل إعتبار في ميلاد ذلك الإختصاص وجهاته القانونية ، حيث لم يرد بالنص المقرر له ، على مدى التشريعات التي قررتها ، أى إشارة أو عبارة تنصرف إلى موضوع المنازعة أو طبيعتها ، وبعبارة أخرى فإنه طالما أن قانون مجلس الدولة قد جعل من طرف المنازعة أساس إختصاص الجمعية العمومية بنظرها فإنه لا يتأتى تعديل هذا الأساس إلى طبيعة المنازعة أو نظام الفصل القضائي فيها ، لتطويق ذلك الإختصاص والحد من نطاقه .

أضف إلى ذلك أن إختصاص الجمعية العمومية هنا جاء به القانون مطلقاً في عبارة راجعة جامعة ، لا تتيح إقتطاع شيء منه بأى دعوى أو تعلقه إلا بنص قانونى مقابل وصريح .

(٣) من المفهوم إن قرارات الجمعية العمومية بعدم اختصاصها بنظر بعض منازعات الجهات العامة ، سيؤدى إلى أن تكون هذه المنازعات بغير سبيل أو مرجع الفصل فيها ، لا قضاء ، ولا إفتاء لعدم وجود جهة أخرى لذلك .

(٤) أن أى نزاع وكل نزاع يخضع الفصل القضائى فيه لتنظيم إجرائى مفصل من قانون المرافعات المدنية والتجارية أو من قانون مجلس الدولة - بحسب الأحوال . كما تختص بنظره محكمة معينة يحددها القانون سواء يزوجد القواعد العامة للإختصاص عن القضائى أو يوجب نص خاص ورغم ذلك ، أو مع ذلك فإن المشرع أختص منازعات الجهات العامة بالألا تطرح ، بالتنظيم الإجرائى للفصل القضائى فيها ، أمام المحاكم وجعلها إختصاصاً للجمعية العمومية تبتدى فيها رأياً ملزماً ، ومن هنا فإنه يبدو وكأنه لا مفتح فى أن يكون للمنازعة تنظيم إجرائى خاص للفضيل فيها بحكم ، لجعلها من إختصاص الجمعية ، ولا أن تكون من إختصاص محكمة بذاتها على خلاف القواعد الأصلية لإختصاص المحاكم ، حتى تستبعد من إختصاص الجمعية العمومية ، فضلاً عن سبق ذكره من إعتبارات ودواعى يظل المقطع والمناط هو أطراف النزاع لا نظام الفصل القضائى فيه ، لأن

لكل نزاع مثل هذا النظام حقاً .

(٥) إنه على سبيل المثال - وتسلم إبتداء أن القياس عليه قد يكون مع الفارق ومع ذلك علة دلالة ، فإن قانون هيئات القطاع العام وشركاته رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ خص هيئات التحكيم المنشأة وفقاً لأحكامه بالفصل فى المنازعات التى تقع فيما بين تلك الشركات أو بينها وبين جهات عامة ، أى أن مناط الإختصاص ليس موضوع المنازعات أو طبيعتها أو التنظيم القضائى للفصل فيها وإنما مناطه هو أطراف المنازعة وذلك كالمشأن تماماً بالنسبة إلى إختصاص الجمعية العمومية بالنسبة إلى منازعات الجهات العامة .

وكما لا يتأتى أن تتغلى هيئات التحكيم تلك عن الفصل فى منازعة كما عهد القانون إليها بتعلله من إنها منازعة عقد المشرع الإختصاص بنظرها لجهة معينة بنص صريح خاص أو خصها بإجراءات معينة عند الفصل فيها ، فإنه لا يتأتى أيضاً وكذلك ألا تختص

الجمعية العمومية لذات الأسباب بنظر المنازعات التى عهدا لها قانون مجلس الدولة ومع ذلك فإن الإفتراضات الأخرى لا فى تلك القرارات ، لا تخرج عن أن تطرح المنازعة التى تقرر الجمعية عدم إختصاصها بنظرها ، على المحكمة المختصة بالفصل فيها أصلاً عندما لا يكون طرفاها من الجهات العامة ، وهنا لما أن تقضى المحكمة بعدم إختصاصها بالفصل فى المنازعة وتحيلها أولاً إلى الجمعية العمومية التى تقرر أو تكون قد قررت عدم إختصاصها بنظرها لتبقى المنازعة بغير جسم ولا فصل ولا رأى ، وأما أن تقضى المحكمة فى المنازعة ، بما لا يتفق مع النص الصريح الذى يجعلها من إختصاص الجمعية العمومية وتبلغ بذلك موقفاً تغدو فيه منازعات الجهات العامة مما تقضى فيه المحاكم القضائية بأحكام ذات حجية والبعض الآخر مما تبتدى بشأنه الجمعية العمومية رأياً ملزماً فحسب والبعض الثالث جائزاً بين هذا وذلك بلا حكم ولا رأى .

خلاصة القول : أن الجمعية العمومية مازالت عند افتتاحها السابق من التخلي عن نظر المنازعات المشار إليها ، على سند حاصله إن هذه المنازعات نظم المشرع الفصل فيها تنظيمياً خاصاً بقوانين تتمتع بذاتية خاصة ومن خلال أوضاع وإجراءات فصلها هذه القوانين التى عقدت الاختصاص بنظر المنازعة لجهة قضاء معينة بنص خاص صريح ، وفى هذا الصدد ، فإنه ما دام القانون قد عقد الاختصاص للمحاكم بنظر منازعات فإن الجمعية تلقى عند إبداء الرأى فيها للملازمة ، وحتى لا تصدر بحكم .

إلا أننا نأمل - فى القريب - أن تعيد الجمعية النظر فى افتتاحها السابق على نحو يتفق مع صحيح القانون وسندها فى ذلك الإعتبارات السالف النزاع عليها .

فصل ثالث - إجراءات التقاضى أمام الجمعية العمومية

أنه باستقراء أحكام قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، يبين إنه لم يتضمن إجراءات لنظر

المنازعات أمام الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ، على غراء ما ورد النص عليه فى شأن إجراءات التقاضى أمام محاكم مجلس الدولة .

وإزاء هذا النقص ، فإنه لا مناص من الرجوع إلى حكم المادة ٢٣١ من مواد الإصدار قانون مجلس الدولة التى تنص على أن " تطبيق الإجراءات المنصوص عليها فى هذا القانون ، وتطبق أحكام قانون المرافعات فيما لم يسرد فيه نص ، وذلك إلى أن يصدر قانون الإجراءات الخاصة بالقسم القضائى ، فإن ذلك يقتضى كآصل عام عدم الأخذ بإجراءات قانون المرافعات المدنية والتجارية أو أحكامه أمام القضاء الإدارى إلا فيما لم يرد فيه نص خاص . فى قانون مجلس الدولة وبالقدر الذى لا يتعارض نصاً وروحاً مع نظام مجلس الدولة وأوضاعه الخاصة به (٢٢) " .

ومؤدى ذلك أن إجراءات المرافعات تطبيق أمام الجمعية العمومية لقسمى الفتوى

والتشريع إلا فيما يتعارض مع طبيعة المنازعة أمام الجمعية أما عن الصفة فى التقاضى أمام الجمعية ، فإنه لما كان اختصاص الجمعية هو بديل عن استعمال الدعوى - وهو ما يحتم طلب عرض النزاع على الجمعية من صاحب الصفة فى التقاضى طبقاً للقانون وإنه يوجه إلى من يمثل الجهة الموجه إليها قانوناً بالصفة شرط لقبول الدعوى أو بديلها من وسائل حماية الحقوق (٢٣) .

وفى هذا الصدد يجب أن يتولى عرض المنازعة النائب القانونى عن الجهة وفى هيئة قضايا الدولة بالنسبة للحكومة ووزاراتها ومضامنها ووحدات الحكم المحلى أو الإدارة القانونية المختصة بالنسبة للمهينات العامة أو هيئات القطاع العام وذلك بناء على موافقة الممثل لها فى التقاضى صراحة ، إلا أنه فى الواقع إن الأمر يجرى فى هذا النصوص على خلاف ذلك فإن الذى يتولى عرض المنازعة هو الممثل القانونى للجهة ، كما أن المنازعات تعرض دون عرض توضع عناصر المنازعة

الدعوى كوسيلة لحماية الحقوق
وقض المنازعات بينها (٣٨).

أما بالنسبة إلى طابع الخبرة
في المنازعات التى تعرض على
الجمعية العمومية فإنها أشارت
إلى أن الإحتكام إلى الخبرة كما
تعتبره الجهات التى حدها
القانون إذ قدرت لزوم لذلك ،
يمكن أن ترعاء الجمعية التى
تملك إذا أثارَت المسألة التى
تنظرها لزوم معرفة رأى خبر -
أن تسلك هذا السبيل ، فتطلب
سماع أصل الخبرة أو تقاريرهم
عوناً لها فى فض النزاع -
ولتجسده فى ذلك إلى جهات
الخبرة الرسمية فى وزارة العدل
أو غيرها مع التصرف فىمن
يتحمل بتكاليف ذلك من
أطراف النزاع طبقاً لقانون
المراقعات .

أسباب إنتهاء المنازعة :

الأصل أن المنازعة تنتهى
بقرار ملزم ، كما تنتهى بغير
ذلك كالترك أو التنازل ، بيد أن
هناك أسباب لا تنتهى به
الخصومة مثال ذلك التقادم .

فالمنازعة أمام الجمعية
العمومية - هى خصومة قضائية

المنازعة أمام الجمعية أشخاص
معنوية عامة ، إلا أن بالنظر
إلى طبيعتها فى أما منازعة
إدارية أو منازعة مدنية ، ومن
ثم فإن مدلول المصلحة فى
المنازعة يتسع ليتفق مع طبيعة
المنازعة وهى تدور حول حق
أعتدى عليه من إحدى السلطات
العامة .

أما فيما يتعلق بالمواعيد
الواجب مراعاتها أمام الجمعية
فالأصل أن مراعاة المواعيد ،
واجبة ، ووجوبها لا يرتبط بجهة
نظر النزاع التى يتعين عليها
عند التعرض له أن تراعى إلتزام
أطراف النزاع تلك المواعيد
والإجراءات وترتب على تفويتها
حكم القانون فى ذلك وهو ما
يمكن ، ويجب على الجمعية
العمومية مراعاته عند نظرها
من هذا القبيل (٣٧) .

وما يؤيد هذا النظر ما قضت
به الجمعية العمومية من أن
إختصاصها بنظر المنازعات بين
جهتين أو أكثر من الجهات
المشار إليها فى الفقرة (د) من
المادة ٦٦ من القانون رقم ٤٧
لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس
الدولة - هو بديل عن إستعمال

ومقوماتها ، فضلاً عن تحديد
الطلبات بصورة دقيقة .

أما عن المصلحة فى
التقاضى أمام الجمعية ، فإنه
من المبادئ المستقرة فى فقه
القانون ، من حيث إنه لا مصلحة
فلا دعوى (٣٩) ومن المنعقد
عليه فى قانون المرافعات إن
المصلحة التى تبرر قبول الدعوى ،
يجب أن تستند إلى حق أعتدى
عليه أو مهدد بالإعتداء ، فإن
المصلحة فى دعوى الإلغاء
لا يشترط فيها أن تستند إلى
حق لرافعها أعتدت عليه
السلطات العامة أو مهدد
بإعتدائها عليه ، وبهذا يختلف
معنى المصلحة فى القانون
المدنى وفى نطاق القانون
الإدارى ذاته فيفترق معنى
المصلحة فى دعوى القضاء
الكامل ذلك إنه يشترط لقبول
دعوى الإلغاء الإكتفاء بمجرد
مصلحة شخصية ومباشرة ، فى
حين إنه يشترط لقبول دعوى
القضاء الكامل أن يكون هناك
إعتداء على حق يسعى صاحب
الشأن لإقتضائه (٤٠)

ومن حيث إنه على مقتضى
ما تقدم فإنه ولئن كانت أطراف

التصدى للفصل في أصل النزاع الذي أصبح غير ذي موضوع^(٤٧).

ومما يجدر الإشارة إليه أخيراً ، أن التقريب بين هذا النوع من الإختصاص للجمعية العمومية وإجراءاته ، والعمل القضائي لا ينفي طبيعته الحال أن يكون له طبيعته الخاصة ، فمثلاً من المستقر أنه لا يجوز الدفع بالتقادم في الديون المتنازع عليها بين الأطراف ، إذ أشارت الجمعية العمومية في هذا الصدد^(٤٨) إلى أنه لا مجال للمتمسك بالتقادم فيما بين الجهات الإدارية ، إذ أن المشرع وقد خص الجمعية العمومية بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الجهات العامة فإنه يكون قد استبعد الدعوى كوسيلة لحماية الحق والتقادم يلحق الدعوى دون الحق كما قضى بعدم تطبيق نظام الإحالة عند الحكم بعدم الإختصاص المنصوص عليه في المادة ١١ من قانون المرافعات إستناداً إلى أن الإحالة لا تكون إلا بين محكمتين تابعيتين لجهة قضائية واحدة أو لجهتين قضائيتين مستقلتين والجمعية العمومية ليست محكمة ، وإنما هي جهة -

مناطها قيام النزاع الذي هو جوهرها وإستمراره بين طرفيها ، فإن هي رفعت مفتقرة إلى هذا الركن كانت من الأصل غير مقبولة ، وإن هي رفعت متوافرة لها ثم إفتقدته خلال نظرهما أصبحت غير ذات موضوع ويجب الحكم بإعتبارها منتهية^(٤٩) وشأن هذه المنازعة شأن سائر المنازعات الإدارية قد تنتهي بتسليم المدعى عليه بطلبات المدعى حتى توافق الشروط القانونية المطلوبة وينتج أثره فيها في الحدود التي عينها القانون ، وهو في الخصوص تسليم بكل طلبات الجهة التي طلبت عرض المنازعة لبيت فيها^(٥٠).

كما أن المنازعة قد تنتهي بالترك إذا طلبت الجهة الإدارية ترك طلب البت في المنازعة التي طلبت طرح المنازعة عليها ، بحسب ما إذا كان الترك منصباً على إجراءات عرضه كلها أو بعضها ، وأياً كان مداه أو أثره^(٥١) فإن مهمة الهيئة التي تنظرها يقتضى إختصاصها المقرر في ٦٦د/ من قانون مجلس الدولة لا تدعو أن تكون إثبات ذلك دون

ليست هنا جهة فتوى - حدد القانون إختصاصها^(٥٢) وفي الواقع أن إتصال الجمعية بالمنازعة - بطلب من يمثل الجهة ، ولا يغني عنه إحالتها من المحاكم بعدم صحة ذلك ، ووجوب عرض المنازعة للفضل فيها برأى ملزم .

الفصل الرابع

جواز إعادة النظر في قرارات الجمعية العمومية

نوهنا - في أكثر من موضع - إلى أن المشرع في قانون مجلس الدولة لم ينص على إجراءات معينة لنظر النزاعات أمام الجمعية العمومية ، كما أنه - وينفس المسلك - لم ينص على طريق الطعن في قرارات الجمعية التي تصدرها بمناسبة الفصل في المنازعات التي تنشأ بين الجهات المخددة على سبيل الحصر في الفقرة (د) من المادة ٦٦ من قانون المجلس .

وما دام الأمر كذلك ، فإنه من المناسب أن نتساءل عن مدى جواز الطعن أو إعادة النظر في قرارات الجمعية العمومية :

وإذا أمعنا النظر فى التساؤل المشار إليه ، نلاحظ أنه ينطوى - فى حقيقة الأمر - على شقين :

الأول - مدى جواز الطعن فى قرارات الجمعية العمومية :

الثانى - مدى جواز إعادة النظر فى قرارات الجمعية العمومية :

وفيما يتعلق بالشق الأول ، فإن المقتضى به ، أن قانون مجلس الدولة لم ينص على طريق للطعن فى قرارات الجمعية العمومية بل نص صراحة وبعبارة قاطعة الدلالة فى أن قرارات الجمعية العمومية ملزمة للطرفين وبها تعتبر النزاعات منتهية بما مفاده أن المشرع قطع - بما لا يدع مجالاً للشك - فى نهائية قرارات الجمعية العمومية ، بما لا يستتبع معه الطعن فيها أو عدم جواز نظر النزاع لسابقة الفصل فيه (٤٥)

وقد قصد المشرع من ذلك توفير الكثير من الجهد والوقت والأموال التى كانت تنفقها الجهات الإدارية فى التقاضى فيما بينها .

أما فيما يتعلق بالشق الثانى ، فإن قانون مجلس الدولة لم ينظم طريقاً لإعادة النظر فى الجمعية العمومية ، كما هو الآن بالنسبة لما ورد فى خصوص الشق الأول من التساؤل السالف الذكر .

وقد أكدت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع (٤٦)

هذا المعنى فى أكثر من مناسبة ، إذ قررت أن المشرع أناط بالجمعية العمومية الاختصاص بإبداء رأى مسبباً فى المنازعات التى تنشأ بين جهات حددها على سبيل المحصر على أن يكون رأى الجمعية ملزماً للجانبين حسبما لا وجه النزاع وقطعاً له والمشرع لم يعط لجهة ما حق التعقيب على ما تنتهى إليه الجمعية العمومية فى هذا الشأن ومتى إنتهت الجمعية فى مجال المنازعة برأى نهائى وملزم حاسم للنزاع إستنفذت ولايتها بإصداره ، ولا يجوز إعادة النظر فيه حتى لا يتجدد النزاع إلى مالا نهاية .

وإذا كان لا يجوز الطعن فى قرارات الجمعية العمومية ، فهل يجوز التماس إعادة النظر

باعتباره أمراً جائزاً فى الأحكام النهائية وأن المشرع نظر إليه فى قانون المرافعات على أنه مجرد تظلم إلى الجهة التى أصدرته .

فلقد نصت المادة ٢٤١ المشار إليها على أن " للخصوم أن يلتمسوا إعادة النظر فى الأحكام الصادرة بصفة إنتهائية فى الأحوال الآتية :

(١) إذا وقع من الخصوم غش كان من شأنه التأثير فى الحكم .

(٢) إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التى بنى عليها أو قضى بتزويرها .

(٣) إذا كان الحكم قد بنى على شهادة شاهد قضى بعد صدوره بأنها مزورة .

(٤) إذا حصل الملتبس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة فى الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها .

(٥) إذا قضى الحكم بشىء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه .

(٦) إذا كان منطوق الحكم مناقضاً لبعضه لبعض .

(٧) إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن مثلاً قسبياً صحيحاً في الدعوى وذلك فيما عدا حالة النيابة الإتفاقية .

(٨) لمن يعتز بالحكم الصادر في الدعوى حجة عليه ولم يكن قد أدخل أو تدخل فيها بشرط إثبات عشر من كان يحمله أو توافقه أو إهماله الجسيم .

وإذا ما نظرنا إلى حالات إعادة النظر ، نجد أن ما قد يصح الأخذ منها لا يعدو في الحالتين المشار إليهما في البندين (١) و (٤) .

ومفاد هاتين الحالتين أن الغش الذي يجيز قبول التماس إعادة النظر بالمعنى المقصود من المادة ٢٤١ من قانون المرافعات ، يشترط فيه أن يتم بمثل احتمالي يقوم به الملتزم ضده وينطوي على تدليس يعمد إليه الخصم ليخدع المحكمة ويؤثر في عقيدتها فتحكم بناء على هذا التصور لصالح من إرتكب الغش ضد خصمه الذي يجهل أن هناك غشاً ، وكان يستعجل عليه كشفه أو دحضه ، ومن ثم

فإن الغش الذي يعتد به كسب من أسباب الإلتماس هو الذي يكون خافياً على الملتزم أنشاء سنير الدعوى وغير معزوف^(٦) له ، فإذا كان مطلقاً على أعمال خصمه ولم يناقشها أو كان في وسعه تبين غشه وسكت عنه ولم يكشف من حقيقته للمحكمة أو كان في مركز يسمح له بمراقبة تصرفاته ، ولم يبين أوجه دفاعه في المسائل التي يتظلم فيها ، فإنه لا وجه للإلتماس .

وتطبيقاً لما تقدم ، فإن الجمعية العمومية ، إنتهت إلى أن ثبوت تزوير في طلب الغرض على الجمعية ، يؤدي إلى إعتبار رأي الصادر بناء على هذا الطلب كأن لم تكن .

أما في خصوص البند رابعاً من حالات إعادة النظر ، فإن الأصل حسبما إستقر عليه رأي الجمعية - أن المشرع أسند البت في المنازعات بين الجهات الإدارية ، ونص على أن يكون رأياً ملزماً ، ومن ثم يكون هو القول الفصل في النزاع ولا معقب له ، ولا يقبل بإذن طلب لأي من أطرافه بإعادة النظر في

المسألة الأساسية الى فصلت فيها الجمعية ، وإنما تستقر الأوضاع على مقتضى رأيها الملزم وتتحدد الحقوق والإلتزامات على أساسه ولا يصح السعي إلى طلب نقضه بمثله أو المجادلة في شيء ، وما قرره من الواجب الإلتزام هذا الرأي وتنفيذه مقتضاه وممتنع على أطرافه العودة إلى المناقشة في المسألة التي فصل بأى طلب تال يشار فيه هذا النزاع ولو بأدلة قانونية وواقعية لم يسبق إثارتها أو أثيرت وصرفت الجمعية عنها النظر ، إذ لا يجوز العودة إلى إثارة المنازعة ذاتها حال بقاء موضوعها وسببها على حالة ، وعدم تغيير شيء من الواضح في أمرها ، أو طلبات الطرفين المتنازعين فيها^(٧) وتطبيقاً لذلك عرضت على الجمعية العمومية منازعة تخلص في أن الهيئة العامة للإستثمار والمناطق الحرة تشغل من أراضى ميناء بورسعيد مساحة قدرها ٣٠٧٦ متراً مربعاً على سبيل التسامح من هيئة قناة السويس دون مقابل لإثباتها بها ، ولما حلت الهيئة العامة لبناء بورسعيد محل قناة السويس بمقتضى

القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٨٠ بإنشائها وقرار رئيس الجمهورية رقم ٣١٣ لسنة ١٩٨٦ بتحديد الأصول المخصصة لميناء بورسعيد ، في اعتبار تلك الأرض وغيرها مضافة إلى ملكيتها نقلاً من هيئة قناة السويس ، طالبت الهيئة العامة للإستثمار والمناطق الحرة بأن تحرر لها عقود للمترخص لها بالإنتفاع بها وأن تؤدي إليها مقابل ذلك إعتباراً من ١٩٨١/٧/١ تاريخ تسلم هيئة ميناء بورسعيد لها فلم تستجب إلى طلبها ، لما قالت به من أن هذه الأرض هي من المناطق الحرة التي أنشأتها طبقاً للقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ بنظام إستثمار المال العربي الأجنبي والمناطق الحرة (م ٣٠) وإنها قامت بتجهيزها بالمرافق اللازمة لإستغلالها فيما رخص لها ، بإعتبارها إحدى الهيئات العامة المنوط بها تنفيذ سياسة الدولة في مجال الإستثمار وإن المشروعات المرخص لها في المناطق الحرة تلتزم بأداء مقابل إنتفاع عن الأراضي المرخص لها بشغلها فيها من قبل الهيئة طبقاً لذلك القانون ولا تحت

التنفيذية ، تؤول حصيلته إلى الهيئة بإعتباره من مواردها ، ويعرض المسألة على وزارة المالية رأت أن لهيئة مينا بورسعيد حق مطالبة الجهات التى تشغل مساحات داخل الدائرة الجمركية بالفئات المقررة فى قرار وزير النقل والمواصلات رقم ١٠٩ لسنة ١٩٨٥ على أن تستثنى من ذلك جهات الأمن ، إذا ما وافق مجلس إدارة الهيئة ، على أن يعرض الأمر على وزارة المالية ، ومن ثم طلبت الهيئة العامة لمينا بورسعيد إلى الجمعية العمومية لقسى الفتوى والتشريع بكتابها رقم ١١٥٤٦ بتاريخ ١٩٨٧/٤/١٦ إيداء وأبها فى هذا النزاع وإلزام الهيئة العامة للإستثمار والمناطق الحرة بأداء مقابل الإنتفاع بالأراضى المشار إليها حتى ١٩٨٧/٦/٢٠ وقبضه ٥٧٧٢.٧٠٩ جنيهها ، بواقع ٢٠٠.٣٥٠ جنيهها فى المدة من ١٩٨١/٧/١ حتى ١٩٨٦/١/٢١ بالفئات الواردة بقرار مجلس إدارتها بالنسبة إلى الجهات الحكومية وشركات القطاع العام ، وعن المدة التالية حتى ١٩٨٧/٦/٣٠ بالفئات

الواردة بقرار وزير النقل
والمواصلات رقم ١٥٩ لسنة
١٩٨٥ المشار إليه ، مضاف
إليها ما يستجد بعده بواقع
٦٠٢ جنيهاً كل ستة أشهر
يُستَـبـاراً من ١٩٨٧/٧/١
وانتهت الجمعية في فتواها إلى
أنه ولئن كان الأصل في إنتفاع
الجهات العامة بالمال العام الملاك
للدولة ولغيرها من الأشخاص
للإعتبار العامة الأخرى أن يكون
بدون مقابل بحيث لا تلغز الجهة
المنتفعة بالمال العام بأداء مقابل
إنتفاعها به إلا إذا إرتضت أداء
هذا المقابل إلا ان إعمال هذا
الأصل منوط بأن يكون
إنتفاعها بالمال العام فيما يخص
له هذا المال لأداء الخدمة العامة
التي يضطلع بها المرفق القائمة
على إداراته أما إذا إستهدفت
بذلك الإنتفاع إستغلال المال
العام في غير ما خصص له
ولغرض آخر للحصول على
مقابل هذا الإستغلال فلا محل
في هذه الحالة لإعمال ذلك
الأصل ، ويتعين على الجهة
المنتفعة تبعاً لذلك أداء مقابل
الإنتفاع المقرر وترتيباً على
ما تقدم ولما كان الثابت أن
الأرض المشار إليها في الحالة

المعروضة هي من الأموال العامة المخصصة لخدمة أغراض ميناء بورسعيد وإن الهيئة العامة للإستثمار قامت بوضع يدها عليها وشغلها بأبان ملكية هيئة قناة السويس لها كما قامت بإستغلالها وذلك بالترخيص بإلإنتفاع بها للمشروعات الإستثمارية بالمنطقة الحرة نظير الحصول على مقابل الحصول على مقابل هذا الإستغلال بالعملة الأجنبية وذلك دون أية معارضة أو منازعة من جانب الهيئة المالكة حينئذ وإستمر الوضع على هذا النحو إلى أن آلت تبعية الأرض المشار إليها إلى هيئة ميناء بورسعيد طبقاً لأحكام القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٨٠ وقرار رئيس الجمهورية رقم ٥٦٥ لسنة ١٩٨٠ المشار إليها وإذا كان المسلم به وفقاً لما تقدم أن تحويل مدينة بورسعيد إلى منطقة حرة لا تؤثر على ملكية هيئة قناة السويس ومن بعده هيئة ميناء بورسعيد للأرض المشار إليها ولا يتضمن أي مساس بالفرض المخصصة له هذه الأرض لخدمة ميناء بورسعيد وأن الهيئة العامة للإستثمار تقوم بإستغلالها في

التأجير للمشروعات الإستثمارية ومن ثم يحق للهيئة المالكة الحصول على مقابل إنتفاع هيئة الإستثمار بتلك الأرض ينصب على هذه الأخيرة أداء المقابل المستحق وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن وذلك من تاريخ إخطارها من قبل الهيئة المالكة بوجود أداء ذلك المقابل ، ولا يجدى للهيئة المذكورة في مقام التنصل من أداء هذا المقابل ما تدعيه من أن هذا النزاع سبق وإن عرض على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع من قبل محافظة بورسعيد وإنتهت بجلستها المنعقدة في ١٩٨٤/٣/٧ إلى أحقية الهيئة العامة للإستثمار في تحصيل قيمة الإنتفاع بالأرض بالمنطقة الحرة ببورسعيد والتي رخص بشغلها للمشروعات الإستثمارية وذلك لإختلاف موضوع المنازعة وأطرافها : فالمنازعة السابقة كانت حول حق المحافظة في إستئثار مقابل الترخيص بإستغلال هذه الأرض من مجلس إدارة المنطقة الحرة والمنازعة الحالية تدور حول قيام المنطقة الحرة بوضع يدها على

أرض مملوكة لهيئة ميناء بورسعيد ولا شأن لها بالأرض . ولهذه الأسباب إنتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى إلزام الهيئة العامة للإستثمار والمناطق الحرة بأداء مقابل إنتفاعها بالأرض المشار إليها في الحالة المعروضة إستباراً من تاريخ إخطارها بوجوب أداء هذا المقابل وذلك وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن ، وأنه عن طلب إعادة النظر ولن الراضع منه ومن سائر الأوراق لا يتضن أية وقائع جديدة ، فتحرير واقعة النزاع على الوجه المبين به ، لا يختلف في شيء عما سبق أن حصلته الجمعية العمومية وإستظهرته في بيانها لواقعة النزاع في الفتوى الصادرة في الخصوص وإلغا هو يقوم على جدل غير سائق في صواب ما إنتهت إليه الجمعية فن رأى ملزم أما تقول به الهيئة من أن ملكية أراضي المنطقة الحرة ببورسعيد إنتقلت إليها بتخصيصها لأغراضها طبقاً للقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ وما صدر من قرارات وأخذ منها من إجراءات إستناداً إليه

فهو قد تم بالقانون ويترضى
بالجهة القائمة عليها آنشد ،
المحافظة وهيئة قناة السويس ،
فإن كان إنتقال من بعد ذلك في
تعبية تلك الأراضى إلى هيئة
الميناء . فهي كخلف لا تملك إلا
ما كان لسلفها ، ولا أساس إذن
لطلبها مقابل أنتفاع بها . وهذه
كما ظاهر هي المسألة الأساسية
التي فصلت فيها الجمعية
العمومية بجلسة ١٩٨٨/٣/٦
وهي التي دار حولها النزاع
وعلى ما أستند إليه أطرافه
وتناقشوا فيه بذكراتهم وهي
بذاتها الأساس في طلب إعادة
النظر في الفتوى بما يقوم على
ما سلف بإيضاحه على الأدلة
الواقعية والجميع القانونية التي
إفتعلتها الهيئة من قبل ، وقد
تضمنت الفتوى في أسبابها الرد
الكاب على كل ما عادت الهيئة
تغيره في طلب إعادة النظر ،
ومن ثم يكون طلب إعادة النظر
في غير محله ، إذ لا يجوز
العود إلى إثارة المنازعة ذاتها
حال بقاء موضوعها وسببها على
حاله ، وعدم تغيير شيء من
الواقع في أمرها أو طلبات
الطرفين المتنازعين فيها ، إذ
سبق الفصل فيها كما عرضت

على الجمعية منازعة مدارها
خضوع أو عدم خضوع شركة
كوزير إنترناشيونال للضريبة
المصرية على القيم المتبقولة عما
حصلت عليه من تنفيذ العقد
المبرم بينها وبين المؤسسة المصرية
العامة للصناعات المعدنية ،
وذكرت أن الشركة المذكورة هي
صاحبة الشأن في هذا النزاع
لأنها هي المول الذي بطت عليه
الضريبة وهي التي يحق لها
الطعن في هذا الربط ، أما
المؤسسة المصرية العامة
للصناعات المعدنية فليس لها
في النزاع المشار إليه ، ولا
يغير من ذلك ما تضمنه العقود
المبرم بينها وبين الشركة من
تحمل المؤسسة كافة ما يستحق
على الشركة من ضرائب في
مصر لأن هذا الحكم لا يغير من
صفة الشركة كعمول للضريبة
ولا يعفيها من وجوب أداء
الضريبة لمصلحة الضرائب ،
وليس من شأنه أن تحمل المؤسسة
محمل الشركة عملاً للضريبة أو
يجعل المؤسسة وكيلاً عن
الشركة بخصوص الضريبة
والمؤسسة لا تعدوا أن تكون
محالاً إليه بدين الضريبة
المستحقة على الشركة ويجوز

لها بهذه الصفة الأخيرة إذا قبلت
مصلحة الضرائب أن تؤدي
الضريبة عن الشركة بعد صدور
الربط عليها نهائياً ، ولا يغير
من ذلك أيضاً أن لجنة الطعن قد
ألزمت المؤسسة بأداء الضريبة
لأن أساس هذا الإلزام هو العقد
المبرم مع الشركة المذكورة وليس
قانون الضريبة وإنتهت الجمعية
العمومية إلى أن النزاع قائم بين
شركة أجنبية وبين مصلحة
الضرائب بما لا تختص به
الجمعية العمومية لقسى
الفتوى والتشريع (٤٨) .

وقد أعيد عرض الموضوع
على الجمعية العمومية بجلسة
٣٠ من فبراير سنة ١٩٧١
وانتهت الجمعية إلى تأييد هذه
الفتوى (٤٩) .

وفي هذا الصدد ، إذا طرأت
واقعة جديدة بعد قرار الجمعية
الأول فإنه لا يمكن التمسك
بنهاية القرار والزاميته لطرفاه
فيإذا تغير سبب المنازعة أو
موضوعها أو طلبات الطرفين
المتنازعين فيها فإن ذلك سبباً
لإعادة الجمعية النظر في قرارها
السابق وتنفيذ في ذلك بحدود
الطلبات الجديدة (٥٠) .

كما للجمعية إعادة النظر في

حالة ما إذا أصدرت قرارها في المنازعة بالحالة التي هي عليها قبل أن تستوفي بحثها وذلك إذا تأخر أحد طرفي المنازعة في تقديم مستنداته .

فمثل هذا القرار لا يصح نهائياً وحاسماً للنزاع لأنه غير قاطع في عدم أحقية الجهة التي صدر لصالحها القرار المدعى به ومن الجائز أن تجده الجمعية محقاً فيه إذا استوفت بحثها وإطلعت على جميع مستنداته والقرار المشار إليه على كل حال لم يفصل في نزاع ولم ينهه فهو ليس قراراً نهائياً وحاسماً للمنازعة بمعنى الكلمة .

ومفاد ما تقدم أن الأصل في قرارات الجمعية العمومية أنها ملزمة للجانبين ومنهية للنزاع ولم يعط المشرع لجهة ما حق التعقيب على ما تنتهي إليه الجمعية العمومية في هذا الشأن إلا أن الجمعية قد أعادت النظر في بعض الأتزعرة التي سبق أن فصلت فيها برأى ملزم ، إذ ظهرت وقائع تتصل بالمنازعة لم تكن تحت نظر الجمعية أبان الفصل فيها ، من شأنها أن تغير وجه الرأي في المنازعة .

أو إذا أرتكب أحد طرفي المنازعة غشاً أو تزويراً ضد خصمه الذي كان يجهل ذلك ، ومن شأن ذلك أن يؤثر في رأى الجمعية العمومية .

خاتمة

نتناول هنا - (مربع) :

الاول - نتائج البحث .

الثاني - تطرح بعض الأفكار والمقترحات . حسن تنظيم العمل بالجمعية العمومية وذلك على التوالي :

الاول : نتائج البحث :

من استقراء مدونات البحث ، نستخلص بعض النتائج وهي تجرى على النحو التالي :

(اولاً) بادی الأمر ، يجدر بنا الإشارة إلى أن الجمعية العمومية قيدت من اختصاصها في نظر النزاعات بين الجهات العامة - على نحو يبعد عن قصد الشارع . فنص م ٦٦/د من قانون مجلس الدولة يدخل في عمومه - سائر المنازعات بين الجهات العامة - التي تختص بنظرها الجمعية العمومية وإبداه رأى ملزم للجانبين فيها .

وإزاء عسوم المادة ٦٦/د المشار إليها فإننا نأمل أن تعيد الجمعية العمومية النظر في اتجاهها السابق ، والتي أطردت عليه منذ فترة طويلة ، ومؤداه إعتبار المنازعات الى خصها المشرع بإجراءات ذاتية عند الفصل فيها تخرج عن اختصاصها (١٠) .

(ثانياً) إنه ولئن كانت الجمعية العمومية - ليست من بين ما يتألف منه القسم القضائي لمجلس الدولة ، وبالتالي فإنها لا تعد محكمة إلا أن الجمعية العمومية تفصل في مسائل ومنازعات بما يختص بنظرها سواء القضاء العادي أو الإداري ، وبالتالي يمكن إعتبارها محكمة من نوع خاص أسند إليها المشرع ولاية الفصل في المنازعات وبين الجهات العامة ، ولا تشاركها في هذا الإختصاص أي جهة قضائية أخرى . وإن ما تصدره من قرارات تعد بمثابة أحكام ، وتستمد هذه الصفة في كونها ملزمة فهي تنشأ به من هذه الزاوية مع الأحكام القضائية .

إعمال الفكر والنظر في مراحل سير الخصومة أو المنازعة أمام الجمعية يبدأ من إتصالها بالمنازعة إلى الفصل فيها بقرار ملزم ، ومحاولة الاستفادة من بعض الأفكار القانونية في المساهمة في تطوير العمل بالجمعية العمومية .

وتجسرى هذه الأفكار والمقترحات على النحو التالي:

(أولاً) أن يتولى تنظيم عرض المنازعة على الجمعية العمومية ، مكتب فنى يقوم بمهمة تحضير المنازعة - على نحو ما هو مقرر لهيئة مفوضى الدولة - بأن يندب له رئيس من الجمعية العمومية ، وتنتظر المنازعة فى جلسات - يخطر بها طرفى المنازعة ، ليبدى كل منهما أوجه دفاعه ودفعه والمستندات التى تؤيد وجهة نظره .

ووجهة النظر هذه ، سندها ، أن واقع الحال ، كشف عن أن الجهات العامة لا ترد إجمالاً ، ولا حيلة للجمعية فى ذلك بل تضطر إلى نظر المنازعة بحالتها ، إذ لا تملك الجمعية فرض غرامة على الجهة التى تتعاض عن الرد ، على نحو ما

صفة رئيسها فى تشيلها ، وإرتكاناً على محاضر إدارية تحررها فى أقسام الشرطة ضد الجهة الأخرى . لا تعدوا أن تكون إثباتاً لما تقرره على لسان موظفيها ، ولا ترجع بعدها إلى الجهة المطلوب إلزامها بتعويضات عن أخطاء تابهها ، وبذلك فهى تستبقى الأمر ، ولا تستوفى ما يجب من حل المنازعة ودياً ، وكثير من هذه المنازعات بين هيئات يختلف الوزراء الذين تتبعهم ويشرفون عليها إدارياً ، ومن الأفق أن تعرض الأمور عليهم أو على لجان مشتركة قبل اللجوء إلى الدعوى ، ومن أمثلة ذلك ، عديد من المنازعات تعلقت بقيام مرفق الصرف الصحى أو الهيئات المحلية بإصلاح الطرق والحفر فيها لإقامة مشروعات دون الرجوع قبل ذلك إلى الجهات التى قد بعض متعلقاتها داخل الأرض - كالتليفونات والكهرباء .^(٥٧)

(الثانى) أفكار ومقترحات لتطوير وتنظيم العمل بالجمعية العمومية :

بادئ ذي بدء ، أن هذه الأفكار والمقترحات ليست نظرية محضة ، بل هى نتاج

(ثالثاً) الأصل فى قرارات الجمعية أنها ملزمة للجانين ونهيه للخزاع ولم يعط المشرع لجهة ما حق التعقيب على ما تنتهى إليه الجمعية فى هذا الشأن إلا أن الجمعية قد أعادت النظر فى بعض الأنزعة التى سبق أن فصلت فيها برأى ملزم ، إذ ظهرت وقائع تتصل بالمنازعة لم تكن تحت نظر الجمعية أبان الفصل فيها ، من شأنها أن تغير وجه الرأى فى المنازعة ، أو إذا إرتكيب أحد طرفى المنازعة غشاً أو تزويراً ضد خصمه ، الذى كان يجهل ذلك ومن شأن ذلك أن يؤثر فى رأى الجمعية العمومية .

(رابعاً) أن كثيراً من المنازعات التى تعرض على الجمعية مردها إلى سوء الإدارة ، وعندم الإحاطة بواقع الحال فى المنازعة إذ فى غالب الأحيان تكون الجهة طالبة عرض النزاع - على غير هيئة من أمرها ، وقد تعجلت طلب عرض النزاع على الجمعية^(٥٨) .

(خامساً) أن بعضاً من الجهات العامة تسارع بطلب عرض المنازعة اعتماداً على

هو مقرر لهيئة المفوضين ، وهى بصدد مباشرة إختصاصها فى تحضير الدعاوى طبقاً للقانون ، كما إنه ولئن كان المبدأ المقرر فى الإثبات فى الدعوى مؤداه نقل عبء الإثبات على الطرف الذى نكل على تقديم الأوراق المتعلقة بالنزاع وتطبيق آثاره^(٥٦) فإن إعمال هذا المبدأ على إطلاقه غير سديد ، أو يصعب فى كثير من الحالات الفصل فى المنازعات بعدم تمثيل الجهة المدعى عليها وعدم إبداء دفاعها فيها ، كما إنه فى حالة تطبيق المبدأ سالف الإشارة إليه فإن الجهة التى صدر ضدها قرار الجمعية تطلب إعادة النظر فيه لصدوره فى غيبتها أو بدعوى أنها لم تثل فى المنازعة ولديها من الأوراق والمستندات قاطعة فى المنازعة وفى تغير وجه الرأى فيها .

(ثانياً) وجرى العمل - فى التقاضى أمام الجمعية - أن يتولى عرض المنازعة على الجمعية العمومية تمثل الجهة المدعية وتوجيه الخصومة إلى من يمثل الجهة المدعى عليها .

ولما كان إختصاص الجمعية بالفصل فى المنازعات بين الجهات العامة بديلاً عن الإختصاص القضائى ، فإن ذلك يستتبع - بالضرورة - وبحكم اللزوم أن تنوب هيئة قضائية الدولة^(٥٤) أو الإدارات القانونية^(٥٥) عن تلك الجهات بحسب الأحوال وفى هذا الخصوص تطرح المنازعة أمام الجمعية بعريضة طبقاً للقانون وهذا النظر له ما يبرره فى الواقع ، إذ كشفت الممارسة التطبيقية أن بعض الجهات العامة تطلب عرض المنازعة على الجمعية طناً منها ، بأن صفة فى التقاضى أمامها^(٥٦) الأمر الذى يعطل الفصل فى المنازعات ، والسبيل إلى تدارك ذلك هو تولى النائب القانونى عن تلك الجهات طلب عرض المنازعة على الجمعية العمومية على التفصيل السابق : ثالثاً : أن المنازعات التى تفصل فيها الجمعية فى العديد منها محدودة الأهمية^(٥٧) .

تتدأى الأفكار فى محاولة وضع حد لتلك المنازعات ، وهى لا تخرج فى مجموعها عن الأفكار الآتية :

١- تشكيل لجان لفض المنازعات بين الجهات العامة :

يقوم هذا الاقتراح على أن تشكل فى كل جهة من الجهات المنصوص عليها فى المادة ٦٦ من قانون مجلس الدولة - لجنة إدارية تمثل فيها الجهة الأخرى المدعى عليها وتختص بالفصل فى المنازعات التى تثار بينهما وذلك كمرحلة أولى فى تصفية المنازعات وفى حالة عدم الاتفاق على إنهاء المنازعة تطرح على الجمعية العمومية للفصل فيها .

٢- فكرة الإختصاص القيمى للمنازعة أمام الجمعية العمومية :

يتجه البعض إلى ما ورد فى قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية فى شأن أحكام إختصاص المحاكم المدنية بنظر الدعاوى المدنية والتجارية - فى محاولة صياغة قاعدة مؤداهها قصر إختصاص الجمعية العمومية فى شأن نظر المنازعات التى تثار بين الجهات العامة - عن مبلغ معين - وليكن مبلغ خمسمائة جنيه قياساً على ما هو مقرر فى شأن الإختصاص القيمى للمحاكم المدنية .

تقارصها المشروعات الخاصة . ومن ثم فإنه لا موجب لإعفاء الجهات العامة من الرسوم القضائية إذ أنها مورد مال للمحاكم ، كما أنها من مقتضيات حسن تنظيم التقاضى أمامها ، وبالتالي يتعين فرض الرسوم القضائية على المنازعات التى تنظرها الجمعية العمومية .

والجدير بالذكر ، أن الأفكار المقترحة تستهدف زيادة فاعلية أداء الجمعية العمومية ، فضلاً عن حسن سير العمل بها ، وتلك الأفكار قد تتطلب تعديلاً تشريعياً فى جانب ، وإجراءات إدارية فى جانب آخر

وفى الجملة ، فإن الأفكار المتقدمة - ضرورة لا غنى عنها فى هذا الصدد ، ويتعين النظر إليها بعين الاعتبار .

تؤول إلى المحاكم ، فهى من مواردها ، كما أنه لا محل للقول بأن الجهات العامة لا تلتزم بأداء رسوم مالية أو معنى آخر لا تستحق رسوم على الدعاوى التى ترفعها الحكومة (م) من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ المشار إليه) إذ أن القانون الأخير ، صدر فى وقت لم يكن يعرف فيه التنظيم الإدارى ما يسمى بالهيئات العامة والمؤسسات العامة .

وكان مفهوم الحكومة الوارد بالنص على الحكومة بالمعنى الفنى (٥٢) أى الوزارات ولم يكن يدور فى خلد المشرع التوسع فى التنظيم الإدارى باستحداث كيانات منحها الشخصية الاعتبارية أسند إليها إدارة مرفق عام ، مما تقوم به الحكومة أصلاً ، كما أنها تباشر نشاطاً قد يتماثل مع تلك التى

أما المنازعات التى تقل قيمتها عن المبلغ المشار إليه فتختص لجان الفتوى بنظرها .

٣- فرض رسوم قضائية على المنازعات التى تنظرها الجمعية :

إذا نظرنا إلى القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بالرسوم القضائية فى المواد المدنية ، وإلى مرسوم تعريفية الرسوم والإجراءات المتعلقة بها أمام محكمة القضاء الإدارى - نجد إنهما فرضاً رسماً نسبياً على الدعاوى بين الجهات العامة - هو بديل عن الإختصاص القضائى ، ومن ثم فإنه يتعين فرض رسوم قضائية على تلك المنازعات فى الحدود المقررة قانوناً ولا محل لإعفاء تلك المنازعات من الرسوم ، إذ أن الرسوم توجه لا إلى الجهة ، بل

خير المال ما أغنأك ، وخير منه ما كفاك ، وخير أخوانك من واسك ، وخير منه من كفاك شره .

« الإمام على رضى الله عنه »

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١) إيمان مجلس الدولة أضحي بما عقد له من الأختصاص بموجب الدستور وصحيح القانون المنفذ له صاحب الولاية العامة ينظر سائر المنازعات الإدارية بحسبائه الطبيعي والموقر وماذا في هذا النزاع من المنازعات وقاضى القانون العام في هذا الشأن . ولم يعد إختصاص المجلس على ما كان عليه ذى قبل إختصاصاً محدداً معيناً على سبيل المحصر مقصوراً على طائفة بناتها من المنازعات الإدارية .

(فى هذا المعنى " الإدارية العليا " طعن رقم ٢٨/١٤١١ ق جلسة ٢٥ من أبريل سنة ١٩٨١ ، ص ٢٩ ، ص ٢٣٨ وما تلاها) .

(٢) حددت المادة (٦٥) من قانون مجلس الدولة الصادرة بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ الجمعية العمومية لتسمى الفتوى والتشريع ، بالنص على تشكيلها برئاسة نائب رئيس المجلس ، وعضوية نواب رئيس المجلس بقسمى الفتوى والتشريع ومستشارى قسم التشريع ورؤساء إدارات الفتوى ، فالجمعية العمومية بهذا التشكيل تضم كبار أعضاء المجلس العاملين بها ولذا فمن الطبيعي أن يناط بها جسام الأمور .

(٣) يراجع فى هذا المعنى " مجلد ميرغنى خيرى . القضاء الإدارى ومجلس الدولة ، الجزء الأول ، مجلس الدولة وقضاء الإلغاء ، ١٩٨٩ ، ص ١٨٤ وما تلاها .

(٤) تنص المادة ٦٣ المشار إليها على أن كل وزارة أو مصلحة قبل إستصدار أى قانون أو قرار من رئيس الجمهورية ذى صفة تشريعية أو لائحة أن تعرض المشروع المقترح على قسم التشريع لمراجعة صياغته ويجوز لها أن تعهد إليه بإعداد هذه التشريعات .

(٥) فى هذا المعنى " فتوى ٥١٧ فى ١٩٦٤/٧/١ منشور بالموسوعة الإدارية الحديثة الجزء الثانى والعشرون ص ٢٦٢ وما تلاها .

(٦) يراجع فى هذا المعنى ، فتوى الجمعية رقم ٣٠ فى ١٩٦٤/١/١٦ منشورة بالموسوعة الإدارية الحديثة . الجزء الثانى والعشرون ص ٢٥٨ وما تلاها . وأيضاً د . عبد الفتاح حسن " مجلس الدولة (دراسة تحليلية) الطبعة الأولى ديسمبر ١٩٦١ ص ١٠٠ وما تلاها ، حسين درويش شرح قانون مجلس الدولة المرحد الطبعة الأولى ١٩٦١ ص ٦٢ وما تلاها .

(٧) وقد تم إلغاء المؤنساب العامة (بالمعنى الدقيق) وحلت محلها ما يسمى بهيئات القطاع العام - فينصرف إليها الحكم الوارد فى النص خاصة أن هذه الهيئات هى أشخاص القانون العام وعلى المكس فلا ينصرف حكم هذه المادة إلى شركات القطاع العام التى تعد من أشخاص القانون الخاص وتخضع المنازعات فيما بينها لنظام تحكيمى خاص .

(٨) فى هذا المعنى ، حكم القضاء الإدارى ، القضية رقم ٤٢ لسنة ١٩ ق جلسة ٢١/٤/١٩٦٠ المجموعة ص ١٤ ص ٢٩ .

(٩) القضية رقم ١٥ لسنة ١ ق تنازع ، جلسة ١٧/١/١٩٨١ .

(١٠) تنص المادة ١١٠ من لوائح على أن : " على المحكمة إذا قضت بعدم إختصاصها أن تأمر بإحالة الدعاوى بحالتها إلى المحكمة المختصة ولو كان عدم

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

الإختصاص متعلقاً بالولاية ، ولا يجوز لها عندئذ أن تحكم بقرارة لا تتجاوز عشرة جنبات وتلتزم المحكمة الحال إليها الدعاوى بنظرها .

(١١) ملف ٣٨٩/٢/٣٢ - جلسة ١٩٧١/١٢/٢٩ منشور بالموسوعة الإدارية الحديثة الجزء الثاني والعشرين ص ٣١١ وما تلاها .

(١٢) في هذا المعنى ، فتوى الجمعية العمومية ، ملف رقم ١١٩١/٢/٣٧ ، ا. ج. ١٩٨٨/١/٢٠ .

(١٣) فتوى الجمعية العمومية ، ملف ١٢٤٥/٢/٣٢ - جلسة ١٩٨٤/١٠/١٣ سلف ٣٧١/٢/٣٢ جلسة ١٩٧٣/٥/٣٠ وطعن رقم ٢٧/٢٨١٩ جلسة ١٩٨٤/١/٧ .

(١٤) في هذا المعنى فتوى الجمعية ملف ٤٣٩/٢/٣٢ جلسة ١٩٧٥/١١/١٢ ملف ٦٤٠/٢/٣٢ جلسة ٧٨/١١/٢٩ ملف ٥٧٣/٢/٣٢ جلسة ١٩٧٨/٥/٣ .

(١٥) الجمعية العمومية ملف ٤٦٤/٤/٨٦ جلسة ١٩٧٣/٣/٣١ .

(١٦) فتوى رقم ٧٠٦ في ١٩٨٦/٧/١٥ ، جلسة ١٩٨٦/٦/٢٥ ، ملف رقم ١٣٩٤/٢/٣٢ وقد انتهت إلى أن مجرد إختلاف في وجهات النظر حول تفسير نص طلب إبداء الرأي طبقاً للطريق الذي رسمه المشرع في المادة ٤٧ من قانون مجلس الدولة (ملف ٣٠٤/٢/٣٢ - جلسة ١٩٧١/٩/١٥ .

(١٧) ملف رقم ١١٥٠/٢/٣٢ جلسة ١٩٨٢/١٠/١٧ .

(١٨) حسن بيسمرى ، شئون رجال القضاء فقهاً وقضاء وتطبيقاً طبعة نادى القضاء ، طبعة ١٩٩٠ ، ص ٨ وما تلاها .

(١٩) د. مصطفى كمال وصلى ، أصول إجراءات القضاء الإدارى ، القسم الأول ، الطبعة الثانية . ١٩٧٢ ص ١٧ وما تلاها .

(٢٠) الرديارية العليا ، طعن رقم ٣٦٨ لسنة ١٣ ق ، جلسة ١٩٧٠/٤/١١ .

(٢١) في هذا المعنى ، يرجع التقرير المقدم من الأستاذ المستشار / محمد دكروى للجمعية العمومية في شأن إختصاصها بنظر المنازعات بين الجهات العامة (ملف ١٩٩١/٢/٣٢) . جلسة ١٩٨٨/١/٢ .

(٢٢) فتوى رقم ٧٣٦ في ١٩٨٥/٦/١٥ جلسة ٨٥/٦/١٢ سلف رقم ١٩٩٧/٢/٣٢ .

(٢٣) وبالرغم من ذلك ، فقد أبدت الجمعية الرأي في منازعة حوله الضريبة على المباني وذلك بجلستها المعقودة في ١٩٧٧/١/١١ .

(٢٤) فتوى رقم ١٠١٤ في ١٩٨٥/١١/١٣ ، بجلسته ١٩٨٥/١١/١٣ ، بجلسته ١٩٨٥/١١/٦ ملف رقم ١٢١٥/٢/٣٢ وانتهت الجمعية إلى ذات الرأي بفتاها الصادرة بجلسته ١٩٨٢/١٠/١٧ ملف رقم ١٢٤٥/٢/٣٢ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(٢٥) فتوى رقم ١٧٥ في ١٢/٢/١٩٨٦ بجلسته ١٩٨٦/١١/١٥ ملف رقم ١٣٠٣/٢/٣٧ .

(٢٦) فتوى رقم ٢٦٠ في ٧/٤/١٩٨٦ ، بجلسته ١٩٨٦/٣/١٩ ملف رقم ١٤٠٥/٢/٣٢ . وقبائلاً على ما إنتهت إليه الجمعية في هذا الخصوص إرتأت عدم إختصاصها بنظر النزاع المتعلق بتحديد القيمة الإيجابية لمقار بغض النظر - عن أطرافه ، تأسيساً على أن قانون تنظم العلاقة بين المالك والمستأجر له ذاتيته وأوضاعه الخاصة .

(٢٧) فتوى رقم ٧٢ بتاريخ ٢١/٣/١٩٨٣ ، ملف رقم ٩٦٧/٢/٣٧ .
(٢٨) ملف ٩٦٧/٢/٣٢ و جلسته ١٩٨٣/٥/٤ - وملاحظات المعنى ملف ٨٣٧/٢/٣٢ جلسته ١٩٨٣/١/١ منشوران بالموسوعة الإدارية الحديثة الجزء الثاني والعشرون ص ٢٨٨ .

(٢٩) ملف ٩٦٧/٢/٣٢ جلسته ١٩٧٩/١/١٠ و ملف ١٩٨٨/٢/١٢ جلسته ١٩٨٤/١٠/٣١ منشور بالموسوعة الإدارية الحديثة ص ٢٩١ وص ٣١٣ .
(٣٠) ملف ٩٦٧/٢/٣٢ ، جلسته ١٩٧٩/٣/٧ منشورة بالموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء الثاني والعشرون ص ٢٥٨ .

(٣١) ملف ٣٧٠/٢/٣٢ - جلسته ١٩٧٣/٥/١٦ .
(٣٢) فتوى ٣٠ في ١٦/٢/١٩٦٤ منشورة بالموسوعة الإدارية الحديثة الجزء الثاني والعشرون ص ٢٥٨ .

(٣٣) إراجع تقرير الأستاذ المستشار محمد ذكورى المشار إليه ص ٦ وما تلاها .
(٣٤) الإدارية العليا ، الطعن رقم ٧/١٠٦٢ ق ، جلسته ١٩٦٨/٣/٢ وطعن رقم ٧٧ لسنة ١٥ جلسته ١٩٧٦/٢/٨ منشوران بالموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء الرابع عشر ص ٢٧ وما تلاها .

(٣٥) فتوى الجمعية العمومية ، ملف رقم ٢٦٤/٢/٣٧ جلسته ٨٦/١/١٥ .
(٣٦) الإدارية العليا ، طعن رقم ٢٣٠/١٠٢٣ ق جلسته ١٩٨١/٢/٨ ص ٢٢ ص ٥٠١ وما تلاها .

(٣٧) أحمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، الجزء الأول الطبعة الرابعة ١٩٨٤ ص ٦٦ وما تلاها .

(٣٨) د. سليمان الطنناوي ، دورس في القضاء الإداري ، دراسة مقارنة ١٩٧٦ ص ١٥٥ وما تلاها وأيضاً حدى ياسين عكاشة إجراءات الدعوى الإدارية الكتاب الأول " الطبعة الأولى ٦١ " الإدارية العليا طعن ٢٧/١٩٩١ ق جلسته ١٩٨٣/١١/٢٦ .

(٣٩) فتوى ٣٠ في ١٦/١/١٩٦٤ منشور بالموسوعة الإدارية الحديثة الجزء الثاني والعشرون ص ٢٥٨ .

(٤٠) فتوى رقم ١٠٤١ في ١/١١/١٩٨٤ جلسته ١٠٨٤/١٠/١٧ ملف رقم ١٢٣٩/٢/٣٧ .

هوامش

(٤١) فتوى الجمعية العمومية ، ملف رقم ٢٦٤/٧/٣٧ ، جلسة ١٩٨٦/١/١٥ .

هوامش

(٤٢) في هذا المعنى ، الردارية العليا ، الطعن رقم ١/١١٨٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٢٠ وطعن رقم ١٢/٤١٤ ق جلسة ٧٣/١٢/٢٢ ورقم ٢٧/٥٩٩ ق. جلسة ١٩٨٤/٥/٨ .

هوامش

(٤٣) فتوى ملف رقم ١٨٨٠/٢/٣٢ ، جلسة ١٩٩٠/١٠/١٧ وفتوى ملف رقم ٧٠٢٨/٢/٣٢ ، جلسة ١٩٩٠/١٢/٥ .

هوامش

(٤٤) فتوى ملف رقم ١٩٠٨/٢/٣٧ جلسة ١٩٩٠/١٠/١٢ وفي هذا المعنى أيضاً فتوى ملف رقم ١٩٢١/٢/٣٢ جلسة ١٩٩٠/١٠/١٧ .

هوامش

(٤٥) فتوى رقم ٣٩٨ في ١٩٨٢/٣/٢٨ ملف رقم ٩٠٧/٢/٣٢ ص ٣٩٨ وما تلاها ، وأيضاً فتوى الجمعية ملف رقم ١٦٩٠/٢/٣٢ جلسة ١٩٩٠/١١/٢١ .

هوامش

(٤٦) في هذا المعنى ، فتوى الجمعية ، ملف ٦٢٦/٢/٢٢ ، جلسة ١٩٧١/١/١٠ وفتوى ١٧٢/٢/٣٢ جلسة ١٩٧٩/٣/٢١ منشورتان بالموسوعة الإدارية الحديثة ، ص ٢٢ ، ص ٣٩٣ وما تلاها .

هوامش

(٤٧) فتوى الجمعية رقم ٣٨٩/٢/٣٢ - جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٩ .

هوامش

(٤٨) فتوى رقم ٢٦٥ في ١٩٨٥/٣/٦ جلسة ١٩٨٥/٢/٢٠ ملف رقم ٣٤/١/٧ .

هوامش

(٤٩) في هذا المعنى " الردارية العليا " الطعن رقم ٢٠/٤٤٨ بجلطة ١٩٧٢/١١/٢٦ ، ص ٢٣ ، ص ١٠ .

هوامش

(٥٠) فتوى الجمعية ، ملف ٧٤٩/١/١٣ - جلسة ١٩٩٠/١١/١١ ، وفي هذا المعنى أيضاً فتوى الجمعية العمومية ملف ٤٢٣/٦/٨٦ جلسة ١٩٩١/٣/٦ .

هوامش

(٥١) فتوى رقم ٤٠١ في ١٩٨٥/٤/٧ جلسة ١٩٨٥/٤/٣ ملف رقم ١٠١٥/٤/٨٦ .

هوامش

(٥٢) فتوى الجمعية العمومية ملف رقم ٢٢٦/٢/٣٢ جلسة ١٩٧٠/١٠/٢١ .

هوامش

(٥٣) فتوى ١٤٥ بتاريخ ١٩٧١/٢/٢٢ .

(٥٤) في هذا المعنى ، أحمد نشأت ورسالة الإثبات في التعهدات الجزء الثاني ١٩٥٥ ص ٢٠٠ .

(٥٥) اراجع ، على سبيل المثال ، فتوى الجمعية ، ملف ١٩٧٨/٢/٣٢ جلسة ١٩٨١/٦/٢١ وفتوى ملف ١٨٩١/٢/٣٢ جلسة ١٩٨٩/١٢/٦ وفتوى الجمعية رقم ١٨٨٠/٢/٣٢ جلسة ١٩٩٠/١٠/١٧ .

(٥٦) ونشير هنا لبعض الحالات - التي أثبتت - خلال العام التقاضي ٩١/٩٠ - وهي :

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(أ) بتاريخ ١٩٩١/١٢/١٤ ورد للجمعية كتاب مدير منطقة هيئة الأوقاف المصرية - منطقة أسيوط رقم ١١٩ فى شأن إلزام مديرية الشئون الصحية بسداد قيمة المساحة التى أقتصبها من أرض الأوقاف (١١ فتراط) بسعر إجمالى ٦٩٣٠ جنيه ، كما ورد كتاب من ذات الجهة فى شأن إلزام مديرية التربة والتعليم بأسيوط بسداد مبلغ ٥١٢٠٠ جنيه قيمة الأرض التى أقتصبها من هيئة الأوقاف المصرية .

(ب) بتاريخ ١٩٩١/٣/٢٠ ورد للجمعية كتاب رئيس قطاع الشئون المالية والإدارية بالهيئة العامة للإصلاح الزراعى بشأن النزاع بينها وبين وزارة الزراعة حول كيفية سداد القرض الخاص بمشروع تربية وتسمين العجول المشترك بين وزارة الزراعة ووزارة الحكم المحلى .

ولم يقتصر الأمر على النقاض أمام الجمعية ، بل أمتد إلى طلب ابداء رأى ونسوق هنا بعض الأمثلة .

بتاريخ ١٩٩١/٣/١١ ورد للجمعية كتاب رئيس القطاع الإدارى بشركة النصر للفوسفات رقم ٤٢٧ فى شأن طلب ابداء رأى حول احتساب المقابل النقدي وإضافة بدل الإقامة للعاملين بشركة النصر للفوسفات التابعة لوزارة الصناعة ... وورد للجمعية كتاب رئيس مجلس إدارة شركة مضارب وبلقاس بشأن مدى جواز منح رئيس مجلس الإدارة وعلاوة تشجيعية للعامل الذى يحصل أثناء خدمته على مؤهل أعلى يتفق مع طبيعة عمله لشركة مع قيامه بواجبات وظيفته أو على درجة علمية أعلى من مستوى الدرجة الجامعية الأولى وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التى يصدر بها قرار من رئيس مجلس الوزراء .

وقد ردت الجمعية على تلك الجهات بأعمال حكم المادة ٦٦ - القانون رقم ١٩٧٢/٤٧ مع توجيه النظر إلى مطالبة إدارة الفتوى المختصة بالنسبة لطلب ابداء رأى .

بواجبات وظيفته أو على درجة علمية أعلى من مستوى الدرجة الجامعية الأولى وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التى يصدر بها قرار من رئيس مجلس الوزراء .

وقد ردت الجمعية على تلك الجهات بأعمال حكم المادة ٦٦ - القانون رقم ١٩٧٢/٤٧ مع توجيه النظر إلى مطالبة إدارة الفتوى المختصة بالنسبة لطلب ابداء رأى . (٥٧) على سبيل المثال :

(أ) أن الجمعية العمومية منازعة بين الهيئة العامة لبناء السد العالى والهيئة العامة للسكك الحديدية مدارها طلب الهيئة الأولى إلزام الثانية بسداد مبلغ ٧٠٩٨ قيمة إصلاح تلفيات نتجت عن زلزال إصطدام سيارة نقل جيزة تابعة للهيئة العامة للسكك الحديدية ببوابة مشروع الكهرباء ، بطلغا التابع للهيئة العامة لبناء السد العالى وإنتهت الجمعية إلى الهيئة الأولى (السكك الحديدية) بأداء المبلغ المطالب به كتعويض (ملف ٤٧٣/٢/٣٢ جلسة ١٠/٧/٩٠) .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(ب) ونظرت الجمعية منازعة بين رئاسة الجمهورية ووزارة الدفاع طلبت فيها الأولى إلزام الثانية (وزارة الدفاع) بسداد مبلغ ٤٣٧٦٩ جنيه قيمة التكاليف التي تكبدها رئاسة الجمهورية في إصلاح التلقيات التي لحقت بسيارتها رقم ١٢٧ رئاسة ، خلال فترة إستعارة الحرس الجمهوري لها بمعرفة أحد سائقيه وانتهت الجمعية إلى إلزام وزارة الدفاع بأداء المبلغ المطالب به كتعويض .

(ملف ١٩٩٧/٧/٣٢ جلسة ١٩٩٠/١٢/١٩) .

وتلك نماذج أو أمثلة ، وهي قليل من كثير في هذا الصدد .

(٥٨) في هذا المعنى ، الإدارة العليا ، طعن رقم ١٤/١٤٩٠ في جلسة ١٩٧٣/١٢/٣٠ ، س ١٩ ، ٨١ .

(٥٩) تمثل هيئة قضايا الدولة - طبقاً للقانون رقم ٧٥ لسنة ٦٣ في شأن تنظيم هيئة الدولة وتعميلاته - الجهات الإدارية فيما يرفع منها أو عليها من قضايا وطعون ، وتلك الجهات الدولة ووزارتها ومصالحها ووحدات الحكم المحلي .

(٦٠) ناط القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٣ بإنشاء الإدارات القانونية بالهيئات والمؤسسات العامة بالإدارات القانونية حق مباشرة الدعاوى التي ترفع من هذه الجهات أو عليها (٦١) ، وهذا القانون لم يحجب إختصاص هيئة قضايا الدولة مباشرة مثل هذه الدعاوى عن تلك الجهات إذا ما قرر مجلس إدارة الهيئة أو المؤسسة ذلك بناء على إقتراح الإدارة القانونية بها (٣٠ من القانون) وفي هذا المعنى الإدارية العليا الطعنين ٦٧٥/٧٩٧ (٢٢) في جلسة ١٩٧٨/٥/٢٧ ، س ٢٣ ، ص ١٥ .

(٦١) ودنى من البيان ، أن المشرع قد يستند منازعة مما تختص به الجمعية العمومية إلى جهة قضائية أخرى ، وذلك المسلك من جانب المشرع ليس بدعسة فعلى الرغم من أن مجلس الدولة هو صاحب الولاية والقاضى الطبيعي في شأن المنازعات الإدارية فإن المشرع أسند الفصل في بعض المنازعات الإدارية إلى جهات قضائية أخرى على سبيل الإستعانة والقدر وفي الحدود التي يقتضيها الصالح العام - مثال ذلك إختصاص المحكمة الإبتدائية بنظر المنازعة رقم مالها من طبيعة إدارية مما كان يدخلها في إختصاص مجلس الدولة (في هذا المعنى الإدارية العليا ، طعن رقم ٢٨/٥٧ في جلسة ٦ من إبريل ١٩٨٥ .

(٦٢) يراجع في هذا المعنى فتوى الجمعية العمومية ، ملف رقم ٢٨٨/١/٥٤ ، جلسة ١٩٩١/٤/٣ .

(٦٣) أطره إفتاء الجمعية العمومية - عم التوسع في مدلول الحكومة فذهب إلى

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

أن الهيئات العامة كيان إداري يتمتع بالشخصية الاعتبارية ينشأ لإدارة مرفق عام مما يقوم على مصلحة أو خدمة عامة ، ومن ثم فإنها تدخل في عموم لفظ الحكومة المنصوص عليها بالمادة ٥٠ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ . المشار إليه ويتحقق في شأنها لذلك تبعاً لذلك نطاق الإعفاء المنصوص عليه بتلك المادة إذ أنه من غير المقبول أن يدفع الشخص العام رسوماً ليس لها إستغلال مالى عنه حيث لا يعنى ذلك أكثر من إضافة مبالغ في باب إيرادات وإستنزائها من باب المصروفات في ميزانية واحدة (ملف ٢٢١/٢/٣٧ ، جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٤ ملف ٤٠٧/٢/٣٢ جلسة ١٩٨١/١١/٤ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

تقديم:

إن الشريعة الإسلامية شريعة دينية مصادرها وأحكامها من لدن عزيز حكيم وأحكامها تنظم أمور الدنيا والدين والمشرع فيها هو الله ، وسلطان تلك الأحكام ربانية يسمو فوق سلطان إرادة الأفراد والذي يتقيد بالقيود الدينية الموضوعية وأساسها القرآن والسنة وما تفرع عنهما من مصادر للأحكام الشرعية .

تقدم فلسفة التشريع الإسلامي حل فكرة المصلحة المصلحة وتحقيق مقاصد المشرع الإسلامي تحقيقاً لمصالح الدنيا والدين ولقد راعى الشارع الإسلامي في جميع التكاليف الشرعية رعاية أمور خمس أطلق عليها فقهاء الشريعة الإسلامية الضرورات الخمس وهي حفظ الدين والعقل والنسل والمال وبجانب هذه الضرورات تقوم التحسينات لتتم بها مكارم الأخلاق^(١) .

وعلى ذلك فإن مقاصد الأحكام الشرعية هو ضرورة المحافظة على الضرورات الخمس ، مما يفهم معه أنها هي الحقوق العامة المتعلقة بها إرتفاق المجتمع والتي تحقق إستقرار المجتمع في أمنه وأمانه ولا يجوز للفرد فيها التنازل برضائه وسلطته المنفردة إلى المساس بأحد تلك الضرورات وإلا نال عقابه ومن تلك الضرورات المحافظة على النفس والعقل من تأثير ومضار المواد المخدرة على العقل والجسد البشري وقد كانت الشريعة الإسلامية في هذا المجال سباقة إلى تحريم ما يمس الصحة النفسية والبدنية في كافة صورها عن الأنظمة الوضعية الحديثة .

والأساس الذي تستند إليه القاعدة السابقة هو التقسيم الشرعى للحقوق إلى ثلاث مجموعات :

أولاً: حقوق لله تعالى :

ثانياً: حقوق لله وبها حق العبد .

ثالثاً: حقوق للعبد وبها حق الله .

والضرورات الخمسة آنفة الذكر إنما هي تتعلق بالنوع الأول من أنها حقوق لله تعالى فلا يجوز المساس بها وإتيان ما يمسها من أفعال وإبرازها تعاطى المخدرات لما تخلفه من مضار على ضرورة حفظ النفس والعقل والمتعلقة بحق الله تعالى .

وإذا كان من المحرم أن يمس الفرد ضرورة حفظ العقل والنفس فإنه من المحرم على غيره أن يشترك معه في تلك الجريمة^(٢) .

ومن هنا كان تجريم كل ما يتصل بالمساس بضرورة حفظ النفس والعقل لمن يقوم بتعاطيها أو من يسهل له ذلك في كافة صور التسهيل كالجلب أو

الإجهاار أو الزراعة أو التقديم للتعاطى وإعداد مكان لذلك^(٣٦).

وقد ورد فى الحديث الشريف عن أبى داود رضى الله عنه : (نهى رسول الله ﷺ عن كل مسكر ومفتر)^(٣٧) ، والمفتر هو كل ما يورث الفتور لدى الإنسان .

ويحد مرتكب تناول المخدرات ومن يتصل بها بأى وجه ، وعقوبته كالسكران وقد روى عن أبى سعيد الخدرى وعن على أن النبى ﷺ ضرب فى الخمر أربعين فلما جاء زمن عمر رضى الله عنه فحير الناس فإستشار أصحابه فى حد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف أجعله كأخف الحدود ثمانين فضرب عمر ثمانين وكتب إلى خالد وأبى عبيده بالشام بذلك^(٣٨)

كما روى أن عليا رضى الله تعالى عنه قال : فى المشورة نرى أن مجلده ثمانين فإنه إذا شرب مسكر هذى وإذا هذى إفتقر وعلى المفترى ثمانون^(٣٩)

ومن هنا يبين لنا فساد رأى القائل بأن القرآن الكريم والسنة لم ينصا صراحة إلا على تحريم

الخمر والميسر ولم يتعرض التحريم المخدرات بيد أن كما قال المحقق الإسلامى (إبن القيم) أن الشريعة الإسلامية مبناه وأساسها فى الحكم ومصالح العباد فى المعاش والمعاد وهى عدل كلها ورحمة ومصالح كلها وحكمة كلها فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة فإذا أمرت بشئ فإنما تأمر به لما فيه من المصلحة الراجحة وإذا نهيت عنه فإنما تنهى عنه لما به من المفسدة الراجعة فعلى المسلم حينئذ أن يتبع قواعد دينه فيكون حكيماً فى دعوته إلى الله وفى أمره بالمعروف ونهيه عن المنكر^(٤٠) .

وقد أصدر الأزهر الشريف عام ١٩٤٠ حول حكم الشرع فى تعاطى المخدرات والإجهاار فيها وفى مضمون أن تعاطى هذه المواد حرام لأنها تؤدى إلى مضار ومقاسد كثيرة فهى تفسد العقل وتفكك بالبدن إلى غير ذلك من المضار والمقاسد فلا يمكن أن تأذن الشريعة فى تعاطيها مع تحريمها لما هو أقل

منها مفسدة وأخف ضرراً ولذلك قال بغض علماء الحنفية أن من قال بحل الحشيشة زنديق مبتدع وهذا منه دلالة على ظهور حرمتها ووضوحها وأنه لما كان الكثير من هذه المواد يخامر العقل ويغطيه ويحدث من الطرب واللذة عند متناولها ما يدعوهم إلى تعاطيها والمداومة عليها كانت داخلة فيما حرمه الله تعالى فى كتابه العزيز وعلى لسان رسوله ﷺ من الخمر والمسكر .

وقال شيخ الإسلام إبن تيمية فى مؤلفه السياسة الشرعية إن الحشيشة حرام يحد متناولها كما يحد شارب الخمر وهى أخيت من الخمر من جهة إنها تفسد العقل والمزاج حتى يصير فى الرجل تخنث - وغير ذلك من الفساد وأنها قصد عن ذكر الله وعن الصلاة وهى داخلة فيما حرمه الله ورسوله من الخمر والمسكر لفظاً أو معنى^(٤١)

وعلى ذلك فإن الشريعة الإسلامية لا تبنى إلا على جلب المصالح المحالصة أو المراجعة وعلى درء المقاسد والمضار وكيف يحرم الله سبحانه وتعالى

العليم الحكيم الخمر من العنب مثلاً كثيراً وقليلها لما فيها من المفسدة ولأن قليلها دأب إلى كثيرها وفروجه إليه ويبيع من المخدرات ما فيه من هذه المفسدة ويزيد عليها بما هو أعظم منها وأكثر ضرراً بالبدن والعقل والدين والخلق والمزاج . ومن ثم فتعاطى المخدرات عن أى وجه من وجوه التعاطى من أكل أو شرب أو حقن حرام والأمر فى ذلك ظاهرٌ جلياً .

وتضيف الفتوى سائلة الذكر^(١) إن التحريم ينسحب على الإتيان بالمخدرات ذلك لأن ما حرم الله الإنتفاع به يحرم بيعه وأكل ثمته وزراعته وصناعته قياساً بطريق دلالة النص على تحريم حبس العنب أيام القطاف حتى يتخذ خمراً .

تقسيم :

وسوف نتناول الأحكام الشرعية للمخدرات فى الشريعة الإسلامية - بالإيجاز - الذى يقتضيه هذا المؤلف المخصص أصلاً للدراسة القانونية ، وذلك فى مبحثين -

المبحث الأول : الحكم الشرعى لتعاطى المخدرات فى الشريعة الإسلامية وأحكامها الإجرائية.

المبحث الثانى : الحكم الشرعى لإنتاج وزراعة وتجارة وتهريب المخدرات والتعامل فيها وأعداد مجالس لتعاطيها .

المبحث الأول

الحكم الشرعى لتعاطى المخدرات فى الشريعة الإسلامية وأحكامها الإجرائية

الجواهر المخدرة حرام شرعاً

المبادئ الشرعية^(١) .

(أولاً : جمهور فقهاء المذهب الإسلامية متفق على حرمة الخشيش ونحوه .

ثانياً : جرائم تعاطى المخدرات داخلية فى باب التعازير الشرعية .

ثالثاً : للسلطة المنوط بها التشريع تحديد العقوبة التى تراها رادعة .

رابعاً : نصاب الشهادة على هذه الجرائم هو نصاب الحقوق .

خامساً : الشروط الواجب توافرها فى الشاهد واحدة ، سواء كانت الشهادة فى جرائم الحدود والقصاص أو فى جرائم التعازير .

سئل :

بالطلب المقيد برقم ٤١٣ سنة ١٩٨١ - المطلوب به رأى الشريعة الإسلامية فيما إذا كانت الجواهر المخدرة تأخذ حكم الحدود أو التعازير وما نصاب الشهادة والشروط الواجب توافرها فى الشاهد بالنسبة لهذا الموضوع ؟

اجاب :

إن الجواهر المسر المخدرة (الخشيش وأمثاله) يحرم تناولها بإعتبارها تفتت وتخدّر ، وتضر بالعقل وغيره من أعضاء الجسد الإنسانى ، فحرمتها ليست لذاتها وإنما لأثارها وضررها .

وقد اتفق جمهور فقهاء المذاهب الإسلامية على حرمة الخشيش ونحوه والأصل فى هذا التحريم ما رواه أحمد فى مسنده وأبو داود فى سننه بسند صحيح عن أم سلمة رضى الله عنها قالت : (نهى رسول الله ﷺ عن كل مسكر ومسكر) وذلك لثبوت ضرر كل ذلك فى البدن والعقل ، كما ألتق الجمهور على أن من أكل شيئاً من هذه المواد أو استعمله لغير

التدأى النافع طيباً لا يحد حد شرب الخمر ، وإنما يعزز متعاطيها بالعقاب الزاجر له ولأمثاله ، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى إنه إذا وصل الخشيش المذاب إلى حد الشدة المطرية ، وجب توقيع حد الخمر على من تعاطاه بهذه الصفة كشارب الخمر ، كما ذهب إبن تيمية وتبعه إبن القيم من فقهاء مذهب الإمام أحمد بن حنبل إلى إقامة الحد على متعاطي هذه المخدرات كشارب الخمر ، بإعتبار أنها أشد خبثاً وضراً من الخمر ، وإستحسن الشيعة الإمامية القول بإلحاق المخدرات بالمسكرات فى وجوب الحد لثمانين جلدة وأفتى بعض مذهب الإمام أبى حنيفة بالحد أيضاً .

وبما تقدم يتضح أن هذا الخلاف قد ثار فيما إذا كانت المخدرات تعتبر بذاتها خمرًا يقام الحد على متعاطيها مطلقاً ، أم إنها تعتبر من قبيل الخمر علة ، بإعتبار أنها تشبّه العقل وتورث الضرر به وبالجسد ، شأنها فى ذلك شأن الخمر أو أشد .

ولما كانت الحدود مسمأة من

الشارع والعقوبات عليها مقدرة كذلك إما ينص فى القرآن الكريم ، أو يقول أو فعل من الرسول ﷺ ، كان إثبات القول بدخول تعاطى المخدرات فى التعازير هو الأولى والأحوط فى العقوبة ، بإعتبار أن الخمر تطلق على الأشربة المسكرة ، وإذا دخل تعاطى المخدرات ضمن المنكرات التى يعاقب عليها بالتعزير كان للسلطة المنوط بها التشريع تقنين ما نراه من عقوبات على الإيجار فيها أو تعاطيها تعزيراً ، ومن العقوبات المشروعة عقوبة الجلد بإعتبارها أجدى فى الردع والازجر .

أما عن نصاب الشهادة والشروط الواجب توافرها فى الشاهد على جريمة تعاطى المخدرات ، فإن جرائم التعازير تثبت بما تثبت به الحقوق ، أى بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، وبالشهادة على الشهادة وبالقرائن القاطعة لا تثبت بالشبهة السائدة أو بالشائعات ، ولا تقبل شهادة رجل واحد ولا أى من النسوة مفردات دين رجل معهن فى إثبات هذه الجرائم .

أما عن الشروط الواجب توافرها فى الشاهد فواحدة ، سواء كانت الشهادة فى جرائم الحدود والقصاص ، أو فى جرائم التعازير ، وهى بإجمال : الذكورة فى الحدود ، بمعنى إنه لا تقبل فيها إلا شهادة الرجال ، وبعد هذا يشترط أن يكون الشاهد أو الشاهدة - فيما يجوز فيه شهادة النساء - بالغاً ، عاقلاً - قادراً على حفظ وفهم ما وقع بصره عليه أو سمعه مما يشهد به ، مأموئاً على ما يقوله ، لا تلحقه غفلة أو نسيان ، وأن يكون ناطقاً متكلماً ، فلا تقبل شهادة الأخرس فى قول فقهاء المذهب الحنفى ومذهب أحمد وقول فى فقه الإمام الشافعى ، وتقبل الإشارة المفهومة من الأخرس وتعتبر شهادة فى فقه الإمام مالك وقول فى مذهب الإمام الشافعى والزيدية ، وإختلف الفقهاء كذلك فيما يجوز فيه شهادة الأعمى ، وأن إتفقت كلمتهم على عدم قبول شهادته فيما يقتضى إلى الرؤية والمعايينة .

ويشترط فى الشاهد العدالة بإتفاق وإن إختلف الفقهاء فى مذهبها وضوابطها بتفصيلات

المبحث الثاني

الحكم الشرعي لإنتاج

وزراعة وتجارة وترويج المخدرات

والتعامل فيها وإعداد مجالس لتعاطيها

المخدرات محرمه شرعاً

المبدأ الشرعية^(١١)

أولاً: أجمع فقهاء المذاهب الإسلامية على تحريم إنتاج المخدرات وزراعتها وتجارتها وترويجها وتعاطيها طيبة أو مخلقة وعلى تجريم من يسلم على ذلك^(١٢)

ثانياً: لا ثواب ولا مشورة لما ينفق من ربحها .

ثالثاً: الكسب الحرام مردود على صاحبه يعذب به في الآخرة وساءت مصيراً .

رابعاً: لا يحل التداوى بالمحرمات إلا عند تعينها دواء وعدم وجود مباح سواها ويقدر الضرورة حتى يزول هذا الإدمان ويأشرف الأطباء المتقنين لمهنتهم .

خامساً: المجالس التي تعد لتعاطي المخدرات مجالس فسق وإثم والجلوس فيها محرم على كل ذي مروءة .

شهادة الشاهد ، وهي أن يكون بين الشاهد والمشهد له ما يبعث على الظن بالمحاباة في الشهادة ، أو أن يكون للشاهد مصلحة تعود عليه من أداء الشهادة ، ولم يخفق الفقهاء أو يحصروا المواضع التي ترد فيها الشهادة للتهمة ، وقد جرى فقه الأئمة أبي حنيفة ومالك والشافعي وأحمد والزيدي على رد الشهادة للتهمة ، واختلفوا في التطبيق على النحو المبين في كتب فقه هذه المذاهب ، أما الظاهرية فقد جروا على قاعدتهم في قبول الشهادة مادام الشاهد عدلاً .

لما كان ذلك ، وإتباعاً لرأي جمهور الفقهاء كانت جرائم تعاطي المخدرات أو حيازتها داخلية في باب التعازير الشرعية ، وكان للسلطة المنوط بها التشريع تحديد العقوبة التي تراها رادعة ، وكان نصاب الشهادة على هذه الجرائم هو نصاب المحقوق ، أي تثبت بشهادة رجلين أو رجل وإمرأتين وكانت الشروط الواجب توافرها في الشاهد بوجه عام هي ما تقدم بيانها ، والله سبحانه وتعالى أعلم^(١٣) .

أوضحها الفقهاء في كتبهم ، وإن كان الإمام أبو حنيفة وفقهاء المذهب الظاهري يرون أن العدالة مفترضة في الشاهد حتى يثبت جرحه بمعنى إنه إذا لم يوجه إلى الشاهد طعن يس عدالته قبلت شهادته .

ويشترط في الشاهد الإسلام بإتفاق ، ثم اختلف الفقهاء في قبول شهادة غير المسلم على مثله أو على المسلم في السفر وغيره ، وعند الضرورة وعدمها ، ويشترط ألا يقوم بالشاهد مانع من موانع قبول شهادته ، وهذه الموانع هي القرابة على خلاف في مداها ودرجة القرآن المانعة والعداوة إذ أن جمهور الفقهاء لا يقبلون شهادة العدو على عدوه إذا كانت العداوة بين الشاهد والمشهد عليه في أمر من أمور الدنيا ، أما العداوة في أمور الدين ينسب إختلافها ديناً أو الفسق فلا يمنع من قبول الشهادة .

وهناك تفصيلات للفقهاء واستدلالات يرجع إليها في مواقعها .

والتهمة مانع من موانع قبول

سادساً: على الكافة إرشاد الشرطة المختصة بمكافحة تجارة هذه السموم القاتلة على أوكارها .

سابعاً: هذا الإرشاد هو ما سماه الرسول الأكرم بالنصيحة لله ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم .

نسطل :

بكتاب الإدارة العامة لمكافحة المخدرات بمؤارة الداخلية بالقاهرة المحرر فى ١٩٧٩/٢/٥ المطلوب به بيان الحكم الشرعى فى المسائل الآتية :

١- تعاطى المخدرات .

٢- إنتاج المخدرات وزراعتها وتهريبها والإتجار فيها والتعامل فيها على أى وجه كان .

٣- من يؤدى الصلاة وهو تحت تأثير المخدر .

٤- الربح الناتج عن التعامل فى المواد المخدرة .

٥- التصديق بالأموال الناتجة عن التعامل فى المواد المخدرة .

٦- تعاطى المخدرات للعلاج .

٧- التواجد فى مكان معد لتعاطى المخدرات وكان يجرى فيها تعاطيها .

اجاب :

إن الشريعة الإسلامية جاءت رحمة للناس ، إتجهت فى أحكامها إلى إقامة مجتمع فاضل تسوده المحبة والمودة والعدالة والمثل العليا فى الأخلاق والتعامل بين أفراد المجتمع ، ومن أجل هذا كانت غايتها الأولى تهذيب الفرد وتربيته ليكون مصدر خير للجماعة ، فشرعت العبادات سعياً إلى تحقيق هذه الغاية وإلى توثيق العلاقات الإجتماعية ، كل ذلك لصالح الأمة وخير المجموع ، والمصلحة التى إبتغاها الإسلام وتضافرت عليها نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة تهدف إلى المحافظة على أمور خمسة يسميها فقهاء الشريعة الإسلامية الضرورات الخمس : وهى الدين والنفس والمال والعقل والنسل . إذ الدين والتدين خاصة من خواص الإنسان ، ولا بد أن يعلم الدين من كل اعتداء ، ومن أجل هذا

نهى الإسلام عن أن يفتن الناس فى دينهم ، واعتبر الفتن فى الدين أشد من القتل قال الله سبحانه (١٤) : والفتنة أشد من القتل) ومن أجل المحافظة على التدين وحماية الدين فى نفس الإنسان وتحسينها شرعت العبادات كلها ، والمحافظة على النفس تقضى حمايتها من كل اعتداء بالقتل أو بتر الأطراف أو الجروح الجسمية ، والحفاظ عليها من إهدار كرامتها بالإمتهان كالقذف وغير هذا مما يمس كرامة الإنسان وصون ذاته عما يؤدى بها من المهلكات سواء من قبل ذات الفرد كتعريض نفسه للدمار بالمهلكات المادية والمعنوية أو من قبل الغير بالتعدي ، والمحافظة كذلك على العقل من الضرورات التى حرص الإسلام على تأكيدها فى تشريعها ، وحفظ العقل من أن تناله أفة تجعل فاقده مضلر شر وأذى للناس وعيباً على المجتمع ، ومن أجل هذا حرم الإسلام وعاقب من يشرب الخمر وغيرها مما يثقل العقل ويخرج الإنسان عن إنسانيته ، وكما قال الإمام الغزالي (١٥) : إن

جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الحق وصلاح الخلق فى تحصيل مقاصدهم لكننا نعى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقلهم وتسليمهم ومالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعها مصلحة .

ولقد حرص الإسلام على حماية نفس الإنسان وقدمها على أداء الصلاة المكتوبة فى وقتها ، بل وعلى صوم يوم رمضان ، ومن أمثلة هذا ما أورده العز بن عبد السلام تقرير التقديم واجب على واجب لتفاوت المصلحة فيها قوله (١٦٦) (تقديم انقاذ الغرقى على أداء الصلوات ثابت ، لأن انقاذ الغرقى المعصومين عند الله أفضل ، والجمع بين المصلحتين ممكن ، بأن ينقذ الغريق ثم يقضى ، ومعلوم أن ما فاتته من أداء الصلاة لا يقارب انقاذ نفس مسلحة من الهلاك ، وكذلك لو رأى فى رمضان غريقاً لا يمكن تخليصه

إلا بالفطر فإنه يفطر وينقذه ، وهذا أيضاً من باب الجمع بين المصالح ، لأن فى النفوس حقاً لله حقاً لصاحب النفس ، فقدم ذلك على أداء الصوم دون أصله أى دون أصل الصيام لأنه يمكن القضاء) .

وإذا كان من الضروريات التى حرص الإسلام على المحافظة عليها حفظ النفس وحفظ العقل ، فإنه فى سبيل هذا جرم الموبقات والمهلكات المنهيات للعقل والمفسدت له ، فإن أحداً من الناس لا يشك فى أن سعادة الإنسان وفضله وحيته يحفظ عقله ، لأن العقل كالروح من الجسد ، به يعرف الخير من الشر والضر من النافع . وبه رفع الله الإنسان وفضله وكرمه على كثير من خلقه وجعله به مستولاً عن عمله . ولما كان العقل بهذه المثابة فقد حرم الله كل ما يوبقه أو يلحقه حرمة قطعية ، ومن أجل هذا جرم تعاطى ما يورث بالنفس وبالعقل من مطعوم أو مشروب ، ومن هذا القبيح ما جاء فى شأن أم الخياث « الحمر » فقد ثبتت حرمتها بالكتاب والسنة والإجماع ، فى القرآن

الكريم قوله تعالى (١٧) : (يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون . إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم متبهون) . أفادت هاتان الآيتان أن الخمر صنو للشرك بالله . وأنها رجس ، والرجس لم يستعمل فى القرآن إلا عنواناً على ما اشتد قبحه وأنها من عمل الشيطان - وهذا كناية عن بلوغها غاية القبح ونهاية الشر ، وأمرنا باجتنابها يعنى البعد عنها ، بحيث لا يقر بها المسلم فضلاً عن أن يلمسها أو يتصل بها بل فضلاً عن أن يتناولها . وسجلت الآية الأخيرة آثار الخمر السيئة فى علاقة الناس بعضهم مع بعض ، إذ يؤدى إلى قطع الصلات وإلى إنتهاك الحرمات وسفك الدماء ، وبعد هذا الضرر الإجتماعى الضرر الروحى إذ تنقطع بها صلة الإنسان بالخالقة ، مما يورث قسوة فى القلب ودنساً فى

النفس ، وجرت سنة الرسول ﷺ كذلك مبينة هذا التحريم ، من هذا قوله (١٨) : (كل مسكر خمر وكل خمر حرام) .

(أولاً : الحكم الشرعى لتعاطي المخدرات :

ومدلول لفظ الخمر في اللغة العربية والشريعة الإسلامية : كل ما خامر العقل وحجبه . كما قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه في الحديث المتفق عليه (١٩) ، دون نظر إلى المادة التى تتخذ منها إذ الأحاديث الشريفة الصحيحة الواردة في الخمر ناطقة بهذا المعنى (٢٠) (كل مسكر حرام) وهكذا فهم أصحاب الرسول رضوان الله عليهم . وقال عمر هذه المقالة المبينة للمقصود بهذا اللفظ فى محضر كبار الصحابة دون تكبير من أحد منهم ، ومن ثم فإن الإسلام حين حرم وقرر عقوبة شاربها لم ينظر إلى أنها سائل يشرب من مادة معينة ، وإنما نظر إلى الأثر الذى تحدثه فيمن شربها من زوال العقل الذى يؤدى إلى الفساد إنسانية الشارب وسلبه منحة التكريم التى كرمه الله بها بل وبفسد

ما بين الشارب ومجتمعه من صلات المحبة والصفاء ، وقد كشف العلم الحديث عن أضرار جسمية أخرى يحدثها شرب هذه المفسدات ، حيث يقضى على حيوية أعضاء هامة فى الجسم كالمعدة والكبد هذا عن الأضرار الاقتصادية التى تذهب بالأموال سبها وتبذيراً فيما يضسر ولا ينفع . هذا فوق امتحان من يشرب الخمر بذهاب الحشمة والوقار واحترام الأهل والأصدقاء ، هذه الأضرار الجسمية والأدبية والإقتصادية التى ظهرت للخمر وعرفها الناس هى مناهج تحريمها .

وإذا كانت الشريعة إنما أقامت تحريمها للخمر على دفع المضار وحفظ المصالح فإنها تحرم بكل مادة من شأنها أن تحدث هذه الأضرار أو أشد ، سواء كانت مشروباً سائلاً أو جامداً مأكولاً أو مسحوقاً أو مشموماً ، ومن هنا لزم ثبوت حكم تحريم الخمر لكل مادة ظهرت أو تظهر عملها ، يدل لذلك قول الرسول ﷺ (٢١) (كل مسكر حرام) . إذ لم يقصر الرسول بهذا إلا أن يقرر الحكم الشرعى وهو أن كل

ما يفعل بالإنسان فعل الخمر يأخذ حكمها فى التحريم والتجريم . وإذا كانت المخدرات كالحشيش والأفيون والكوكايين وغيرها من المواد الطبيعية المغدرة ، وكذلك المواد المخلقة المغدرة تحدث آثار الخمر فى الجسم والعقل بل أشد ، فإنها تكون محرمة بحرفية النصوص المعرمة للخمر وبروحها ومعناها ، والتى استمدت منها القاعدة الشرعية التى تعتبر من أهم القواعد التشريعية فى الإسلام ، وهى دفع المضار وسد ذرائع الفساد .

ومع هذا : فقد أخرج الإمام أحمد فى مسنده وأبو داود فى سننه (٢٢) عن أم سلمة رضى الله عنها قالت (نهى رسول الله ﷺ عن كل مسكر ومفتز) والمفتز كما قال العلماء كل ما يورث الفتور والخسوف فى أعضاء الجسم ، وقد نقل العلماء إجماع فقهاء المذاهب على حرمة تعاطي الحشيش وأمثاله من المخدرات الطبيعية والمخلقة ، لأنها جميعاً تؤدى بالعقل وتفسده وتضر بالجسم والمال ، وتحط من قدر متعاطيها فى

(لترك ذرة مما نهى الله عنه أفضل من عبادة الثقلين) ومن هنا قال الفقهاء إنه يجوز ترك الواجب دفعاً للمشقة ، ولا تسامح في الأقدام على المنهيات خصوصاً الكبائر إلا عند الإضطراب على ما يأتي بيانه .

ثانياً - الحكم الشرعي لإنتاج المخدرات ووزعها والإتجار فيها والتعامل فيها على أي وجه كان :

ثبت مما تقدم أن المخدرات بكافة أنواعها وأسماؤها محرمة قطعاً بدخولها في إسم الخمر والمسكر . فهل إنتاجها بكافة وسائلها والإتجار فيها وتهريبها والتعامل فيها كذلك يكون محرماً ؟

يتضح حكم هذا : إذا علمنا أن الشريعة الإسلامية إذا حرمت شيئاً على المسلم حرمت عليه فعل الوسائل المفضية إليه ، وهذه القاعدة مستفادة من نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، ففي القرآن تحريم الميسرة والدم والخمر والخنزير ، وفي بيع هذه المحرمات يقول الرسول صلوات الله وسلامه عليه فيما رواه

المخدرات كشارب الخمر تماماً ، لأنها تفعل فعلها بل وأكثر منها ، بل قال ابن تيمية (٢٣) (إن فيها " المخدرات " من المفاسد ما ليس في الخمر ، فهي أولى بالتحريم ، ومن إستحلها وزعم أنها حلال فإنه يستتاب ، فإن تاب وإلا قتل مرتباً ، لا يصلى عليه ولا في مقابر المسلمين) .

ونخلص مما تقدم : أن المخدرات بكافة أنواعها وأسماؤها طبيعية أو مخلقة مسكرة ، وأن كل مسكر من أي مادة حرام ، وهذا الحكم مستفاد نصاً من القرآن الكريم ومن سنة رسول الله ﷺ حسبما تقدم بيانه وبذلك يحرم تعاطيها بأي وجه من وجوه التعاطي من أكل أو شرب أو شم أو حقن لأنها مفسدة ، ودرء المفاسد من المقاصد الضرورية للشريعة حماية للعقل والنفس ، ولأن الشرع الإسلامي إعتنى بالمنهيات ، وفي هذا يقول الرسول صلوات الله وسلامه عليه (٢٤) (إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه) وفي حديث آخر يقول (٢٥)

المجتمع ، قال ابن تيمية رحمه الله في بيان حكم الخمر والمخدرات (والأحاديث في هذا الباب كثيرة ومبنيضة جمع رسول ﷺ بما أوتيته من جوامع الكلم كل ما غطى العقل وأسكر ولم يفرق بين نوع ونوع ولا تأثير لكونه مأكولاً أو مشروباً على أن الخمر قد يصطنع بها (أي يؤتى) وهذه الحشيشة قد تداف (أي تذاب) في الماء وتشرب وكل ذلك حرام . إنما لم يتكلم المتقدمون في خصوصها لأنه إذا حدث أكلها من قريب في أواخر المائة السادسة أو قريباً من ذلك ، كما أنه قد حدثت أشربة مسكرة بعد النبي ﷺ كلها داخلية في الكلم الجوامع من الكتاب والسنة وإذا كان ما أسكر كثيراً فقليله حرام ، كذلك فإنه يحرم مطلقاً بإجماع فقهاء المذاهب الإسلامية ما يفتن ويخدن من الأشياء الضارة بالعقل أو غيره من أعضاء الجسد ، وهذا التحريم شامل كل أنواع المخدرات ما دام تأثيرها على هذا الوجه القليل منها والكثير ، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى وجوب حد متعاطي

الجماعة عن جابر رضي الله عنه (٢٦) (إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام) وحين حرم الله الزنا حرم دواعيه من النظر واللمس والحلوة بالمرأة الأجنبية في مكان خاص لأن كل هذا وسيلة إلى الوقوع في المحرم ، وهو المخالطة غير المشروعة وفي آيات سورة النور الخاصة بالاستئذان قبل دخول بيوت الغير ، والأمر للرجال وللنساء بغض البصر عن النظر لغير المحارم ، وإخفاء زينة النساء وستر أجسادهن ، وكل ذلك يبدأ بالمسلمين عن الوقوع فيما لا يحل وحماية حرمة المنازل والمسكن ، ومن هنا تكون تلك النصوص دليلاً صحيحاً مستقيماً على أن تحريم لجميع وسائله ، ومع هذا فقد أفصح الرسول عن هذا الحكم في الحديث الذي رواه داود في سننه كما رواه غيره عن ابن عباس رضي الله عنه (إن من حبس العنب أيام القطاف حتى يبيعه من يتخذه خمرًا فقد يحم في النار) وقوله ﷺ المروي عن أربعة من أصحابه منهم ابن عمر (٢٧) (لعن الله الخمر وشاربها وساقبها وبائعها

ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وأكل ثمنها وحاملها والحصولة إليه) صريح كذلك في تحريم كل وسيلة مقضية إلى شرب الخمر ، ومن هنا تكون كل الوسائل المؤدية إلى ترويج المخدرات محرمة سواء كانت زراعة أو إنتاجاً أو تهريباً أو إيجاراً . فالتعامل فيها على أي وجه مندرج قطعاً في المحرمات باعتباره وسيلة إلى المحرم ، بل إن الحديثين الشريفين سألني الذكر نصان قاطعان في تحريم هذه الوسائل المؤدية إلى إشاعة هذا المنكر بين الناس ، باعتبار أن اسم الخمر بالمعنى السالف (ما خامر العقل كما فسرها سيدنا عمر بن الخطاب) شامل للمخدرات بكافة أسمائها وأنواعها ، ولأن في هذه الوسائل إغانة على المعصية ، والله سبحانه نهى عن التعاون في المعاصي كقاعدة عامة في قوله سبحانه (٢٨) (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان) وفي إنتاج المخدرات والإيجار فيها وتهريبها وزراعة أشجارها إغانة على تعاطيها ، والرضا بالمعاصي معصية محرمة شرعاً

قطعاً ، سيما وأن هذه الوسائل مؤداها ومقصوداتها تهينة هذه السموم المخدرة للتداول والإنتشار بين الناس ، فهي حرام حرمة ذات المخدرات ، لأن الأمور بمقاصدها .

ثالثاً - الحكم الشرعي لمن يؤدي الصلاة وهو تحت تأثير المخدر:

وصف ابن تيمية المخدرات وأثرها في متعاطيها فقال (٢٩) (وهي أخبت من الخمر من جهة أنها تقيد العقل والمزاج حتى يصير في الرجل تخثر وديانة الديوث الذي لا يفار على أهله وغير ذلك من الفساد) ولا مرأ في أن المخدرات تورث الفتور والخدر في الأطراف ، وقد قال (٣٠) (إن حجر المكى في فتاويه في شرح أم سلمة السالف (نهى رسول الله ﷺ عن كل مسكر ومفتر) فيه دليل على تحريم الحشيش بخصوصه ، فإنها تسكر وتخدر وتفتر ، ولذلك يكسر النوم لمتعاطيها ومن أجل تأثير المخدرات وإصابتها عقل متعاطيها بالفتور والخدر فإنه لا يحسن المحافظة على

على ما سلف بيانه فإن هذا كله حرام .

وترتيباً على هذا : يكون الربح والكسب من أى عمل مخرم حرام ، وبهذا جاءت الأحاديث الكثيرة عن الرسول ﷺ ، منها قوله (٣٣) (إن الله حرم الخمر وثمنها وحرم الميتة وثمنها ، وحرم الخنزير وثمنه) .

وفى هذا أيضاً قال العلامة ابن القيم (٣٤) (قال جمهور

الفقهاء إذا بيع العنب لمن يعصره خمرأ حرم أكل ثمنه ، بخلاف ما إذا بيع لمن يأكله ، وكذلك السلاح إذا بيع لمن يقاتل به مسلماً حرم أكل ثمنه ، وإذا بيع لمن يغزو فى سبيل الله فثمنه من الطيبات) وإذا كانت الأعيان التى يحل الإنتفاع بها إذا بيعت لمن يستعملها فى معصية الله ، رأى جمهور

الفقهاء - وهو الحق - تحريم ثمنها ، بدلالة ما ذكرنا من الأدلة وغيرها ، وعليه كان ثمن العين التى لا يحل الإنتفاع بها كالمخدرات حراماً من باب أولى .

وبهذه النصوص نقطع بأن الإتجار فى المخدرات محرم

أطرافه وتراخت أعضاؤه ، واختلط على السكران أو المتعاطي للمخدر ما يقول وما يقرأ من القرآن الكريم ، ولذا قال الله فى نهيه عن الصلاة حال السكر (حتى تعلموا ما تقولون) أى بزوال حال السكر والفقر والخدر .

رابعاً - الحكم الشرعى الربح الناتج عن التعامل فى المواد المخدرة :

من الأصول الشرعية فى تحريم بعض الأموال قال الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) أى لا يحل لأحدكم أخذ وتناول مال غيره بوجه باطل ، كما لا يحل كسب المال من طريق باطل أى محرم ، وأخذ المال أو كسبه بالباطل على وجهين :

الأول : أخذه على وجه غير مشروع كالسرقة والغصب والхиانة ، والآخر أخذه وكسبه بطرق حظرها الشرع كالقمار أو العقود المحرمة كما فى الربا ، وبيع ما حرم الله الإنتفاع به كالميتة والدم والخمر المتناولة للمخدرات بوصفها العتوانى

وضوئه ، فتنقلت بطنه دون أن يدري أو يتذكر ، ولهذا أجمع فقهاء المذهب على أن من نواقض الوضوء أن يغيب عقل المتوضىء بمنزلة أو صرع أو إغماء ، ويتعاطى ما يستتبع غيبية العقل من خمر أو حشيش أو أفيون أو غير هذا من المخدرات المغيبات ، ومتى كان الشخص مخدراً بتعاطى أى نوع من المخدرات غاب عقله وإنعدم حكمه ومنطردته على أعضاء جسمه وفقد ذاكرته ، فلم يعد يدري شيئاً وإنتقض وضوؤه وبطلت صلاته وهو بهذه الحال ، ولا فرق فى هذا بين خدر وسكر بخمر سائل أو مشبوم أو مأكول فإن كل ذلك خمر ومسكر ، ولقد أمر الله سبحانه المسلمين بالآلا يقرءوا الصلاة حال سكرهم فقال (٣١) (يا أيها الذين آمنوا لا تقرءوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون) وهذا غاية النهى عن قربان الصلاة فى حال السكر يزول أثره وهو دليل قاطع على بطلان صلاة السكر بمسكر أو بمفتر ، لأنه فى كل أحواله إنتقض وضوؤه وإنتقص عقله ، أو زال بعد إذ فترت

وبيعها محرم وثمنها حرام وبيعها حرام ، لا يحمل للمسلم تناوله ، يدل لذلك قطعاً إن الرسول ﷺ عندما نزلت آية تحريم الخمر ^(١٣٦) (إنما الخمر والميسر) أمر أصحابه بأراقة ما عندهم من خمر ومنعهم من بيعها حتى لغير المسلمين بل أن أحد أصحابه قال إن عندي خمرأ لأيتام فقال له ﷺ " أهرقها " فلو جاز بيعها أو حل الإنتفاع بثمنها لأجاز لهذا الصحابي بيع الخمر التي يملكها الأيتام لإنتفاع ثمنها عليهم .

خامساً - الحكم الشرعي للتصدق بالأموال الناتجة عن التعامل في المواد المخدرة :

في القرآن الكريم قول الله تعالى ^(١٣٧) (يا أيها الذين آمنوا انفقوا من طيبات ما كسبتم) وفي الحديث الشريف الذي رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول ﷺ قال : إن الله تعالى طيب لا يقبل إلا طيباً ، إن الله تعالى أمر المؤمنين بما أمر به المرسلين فقال ^(١٣٧) : (يا أيها الرسل كلوا من الطيبات واعلموا صالحاً) وقال ^(١٣٨) :

(يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم وأشكروا الله إن كنتم إياه تعبدون) ثم ذكر الرجل يطيل السفر أشعث أغبر يمد يده إلى السماء يا رب يا رب ومطعمه حرام ومشربه حرام وملبسه حرام وغلى بالحرام فإنه يستجاب له) وفي الحديث الذي رواه الإمام أحمد في مسنده عن ابن مسعود رضي الله عنه أن رسول ﷺ قال : (والذي نفسي بيده لا يكسب عبداً مالاً من حرام فينفق منه فيبارك له فيه ، ولا يتصدق فيقبل منه ، ولا يتركه خلف ظهره إلا كان زاده في النار ، إن الله لا يحسو السيء بالسوء ، ولكن يحسوا السيء بالحسن إن الحبيث لا يحسو بالحبيث) وفي الحديث المروي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول ﷺ قال : (من كسب مالاً حراماً فتصدق به لم يكن له أجره ، وكان أجره) يعني إثمه وعقوبته) عليه وفي حديث آخر أنه قال : (من أصاب مالاً من مائمه فوصل به رحمه أو تصدق به أو أنفق في سبيل الله جمع ذلك جميعاً ثم قذف به في نار جهنم)

والحديث الذي رواه الطبراني في الأوسط عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول ﷺ (إذا خرج الحاج حاجاً بنفقة طيبة ووضع رجله في الغرز (ركاب من جلد) فنادى لبيك اللهم لبيك نادى مناد من السماء لبيك وسعديك زادك حلال وراحتك حلال ورحبك مبرور غير مأزور ، وإذا خرج بالنفقة الجبينة (أي المال الحرام) فوضع رجله في الغرز . فنادى لبيك ، ناداه مناد من السماء لا لبيك ولا سعديك ، إزدك حرام وحبك مأزور غير مبرور) .

فهذه الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة قاطعة في إنه ليقول الأعمال الصالحة عند الله من صدقة وحج وعمرة وبناء المساجد وغير هذا من أنواع القربات لابد وأن يكون ما ينفق فيها حلالاً خالصاً لا شبهة فيه ، وإذ كانت الأدلة المتقدمة قد أثبتت أن ثمن المحرمات وكسبها حرام فلا يحل أكلها ولا التصديق بها ولا الحج منها ولا إنفاقها في أي نوع من أنواع البسر ، لأن الله طيب لا يقبل إلا الطيب ، يعني أن متفق المال الحرام في أي وجه

وجب لإضراره لإبقاء روحه كالميتة للمضطر ، ويجب عليه التدرج في تقليل الكمية التي يتناولها شيئاً فشيئاً حتى يزول إعتياده وهذا - كما تقدم - إذا ثبت بقول الأطباء الثقات ديناً ومهنة أن معتاد تعاطي المخدرات يهلك بترك تعاطيها فجأة وكنية .

وترتيباً على هذا : فإذا ثبت أن ضرراً ماحقاً محققاً وقوعه بتعاطي المخدرات سواء كانت طبيعية أو مخلقة إذا انقطع فجأة عن تعاطيها جاز مداوانه بإشراف طبيب ثقة متدين حتى يتخلص من إعتياده عليها كما أشار العلامة ابن حجر في فتواه المشار إليها ، لأن ذلك ضرورة ولا إثم في الضرورات متى روعيت شروطها المنوه بها ، أعمالاً لنصوص القرآن الكريم في آيات الإضطرار سالفة الإشارة .

هذا : وإنه مع التقدم العلمي في كيمياء الدواء لم تعد حاجة ملحة للتداوى بالمواد المخدرة المحرمة شرعاً لوجود البديل الكيميائي المباح .

أيضاً : إن الضرورة تقدر بقدرها وما جاز لعذر بطل بزوال والضرر لا يزال بضرر ، وقد اختلف الفقهاء في جواز التداوى بالمحرم ، والصحيح من آرائهم هو ما يلتقى مع قول الله في الآيات البينات السالفات ، ملاحظة أن إباحة المحرم للضرورة مقصورة على القدر الذي يزول به الضرر وتعود به الصحة ويتم به العلاج وللتثبت من توافر هذه الضوابط اشترط الفقهاء الذين أباحوا التداوى بالمحرم شرطين :

إحدهما : إن يتعين التداوى بالمحرم بمعرفة طبيب مسلم خبير بمهنة الطب معروف بالصدق والأمانة والتدين ، والآخر ألا يوجد دواء من غير المحرم ليكون التداوى بالمحرم متعيناً ، ولا يكون القصد من تناوله التحايل لتعاطي المحرم ، وإلا يتجاوز به قدر الضرورة ، وقد أنفتى ابن حجر المكي الشافعي ^(٤٣) حين سئل عن أبتلى بأكل الأفيون والحشيش ونحوهما وصار حاله بحيث إذا لم يتناوله هلك . أفتى : بأنه إذا علم يهلك قطعاً حل له أنه

من وجوه البر لا ثواب له فيما أنفتى ، لأن الثواب جزاء القبول عند الله ، والقبول مشروط بأن يكون المال طيباً كما جاء في تلك النصوص .

سادساً - الحكم الشرعي لتعاطي المخدرات للعلاج :

الإسلام حرم مطعومات ومشروبات صوّناً لنفس الإنسان وعقله ورفع هذا التحريم في حالة الضرورة فقال ^(٤٤) (فمن إضرط غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه) وقال ^(٤٥) : (فمن أضرط غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم) وقال ^(٤٦) : (وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه) ولقد استنبط الفقهاء من هذه الآيات ومن أحاديث رسول الله ﷺ في الضرورة قواعد بعضها بحجز بعض ، فقالوا : الضرر قواعد بعضها بحجز بعض ، فقالوا : الضرر يزال والضرورات تبيح المحظورات ، ومن ثم أجازوا أكل الميتة عند المخصصة وإسائة اللقمة بالحر والتلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه عليها ^(٤٧) قال تعالى : (إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان) وقالوا

سابعة - الحكم الشرعي التواجد في مكان معد لتعاطي المخدرات وكان يجزى فيه تعاطيها :

كرم الله الإنسان نأى به عن مواطن الریب والمهانة ، وامتناع عباده الذين تجنبوا مجالس اللغو واللغو فقال نبيحانه ^(٤٤) : (والذين هم عن اللغو معرضون) وقال ^(٤٥) : (والذين لا يشهدون الزور وإذا مروا باللغو مروا كراماً) وقال ^(٤٦) : (وإذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه) وفي الحديث عن الرسول الأكرم صلوات الله وسلامه عليه (إستماع الملاحى معصية والجلوس عليها فسق) وروى أبو داود في سننه عن ابن عمر رضى الله عنه قوله : (نهى رسول الله ﷺ عن الجلوس على مائدة يشرب عليها الخمر) والمستفاد من هذه النصوص أنه يحرم مجالسة مقترفى المعاصى أيضاً كان نوعها ، لأن فى مجالسهم إهداراً لحرمات الله ، ولأن من يجلس مع العصاة الذين يرتكبون المنكرات يتخلق بأخلاقهم السيئة ويعتاد ما يفعلون من مآثم كشر

المسكرات والمخدرات كما يجزى على لسانه عما يتناقلونه من ساقط القول ، ومن أجل البعد بالمسلم عن الدنيا وعن إرتكاب الخطايا كان إرشاد الرسول ﷺ للمسلمين فى اختيار المجالس والجلوس فى قوله ^(٤٧) إنما مثل المجلس الصالح والجلس السوء كحامل المسك ونافخ الكبر ، فحامل المسك أما أن يعذبك ^(٤٨) وإما أن يتناج منه وإما أن تجد منه ريحاً طيبة ، ونافخ الكبر إما أن يحرق ثيابك وإما أن تجد منه ريحاً خبيثة) رواه البخارى ومسلم . فبالجلس الصالح يهديك ويرشدك ويدلك على الخير وترى منه المحامد والمحاسن وكله منافع ونصرت . أما المجلس الشرير فقد شبهه الرسول صلوات الله وسلامه عليه بنافخ الكبر يضرب ويؤذى ويعدى بالأخلاق الرديئة ويجلب السيرة المذمومة ، وهو باعث الفساد والإضلال ومحرك كل فتنة وموقد نار العداوة والحصام ، وفى هذا الحديث الشريف دعوة إلى مجالسة الصالحين وأهل الخير والمروءة ومكارم الأخلاق والورع والعلم ، وفيه النهى عن مجالسة أهل

(الشر) والبدع والفجار الذين يجاهرون بإرتكاب المنكرات وشرب المسكرات والمخدرات ، لأن القرين ينسب إلى قرينه وجليسه ويرتفع به وينحدر وتهبط كرامته بدناءة من يجالسهم ، ولقد تحدث القرآن الكريم عن قرناء السوء وحذر منهم ومن مجالسهم وأخبر أنهم بسوء وثأمة فى الدنيا والآخرة قال تعالى : (ومن يكن الشيطان له قريناً فساء قريناً ^(٤٩) وإذا كان المجلس يقتدى ويهتدى بجليسه ويجلسه فإن فى جلوس الإنسان التقى البعيد عن المآثم والشبهات فى مجالس الإفك والشرب وتعاطى المخدرات يؤذيه ويرديه فى الدنيا بالمهانة وانتزاع المهابة عند عار فيه من أقارب وأصدقائه ، لأن المخدرات كما نقل العلامة ابن حجر المكي ^(٥٠) فى فتواه الكبرى فيها مضار دينية ودنيوية ، فهى تورث البكرة وتعرض البدن لحدوث الأمراض وتورث النسيان وتصدع الرأس وتورث موت الفجأة واختلال العقل وفساده والسل والإستسقاء وفساد الفكر وإفشاء السر وذهاب الحياء وكثرة المراء

وإنعدام المروءة وكشف العورة
وزعم الغيبة وإتلاف الكسب
ومجالسة إبليس وترك الصلاة
والوقوع فى المحرمات وإحتراق
الدم وصفرة الأسنان وثقب الكبد
وغشاء العين والكسل والفشل
وتعبد العزيز ذليلاً والصحيح
عليلًا أن أكل لا يشبع وأن
أعطى لا ينتفع .

ومن هنا كان على الإنسان
أن يتأى عن مجالس الشرب
المحرم خضراً سائلاً أو مخدرات
مطعمومة أو مشروبة أو
مشمومة ، فإنها مجالس الفسق
والفساد وإضاعة الصحة
والمال ، وعاقبتها الندم فى
الدنيا والآخرة قال تعالى :
(ومن يعيش عن ذكر الرحمن
نقيض له شيطاناً فهو له قرين ^(٥١))
بل أن مصاحبة هؤلاء المارقين
على الدين الذين يتعاطون هذه
المهلكات إثم كبير لأن الله قد
غضب عليهم وعلى مجالسهم
وفى هذا يقول سبحانه
(يا أيها الذين آمنوا لا تتولوا
قوماً غضب الله عليهم) ^(٥٢)
وفى مصاحبة هؤلاء ومجالستهم
معاودة للمولى سبحانه وتجد
لأوامره ، فقد نهى عن مودة
العصاة ^(٥٣) (لا تجد قوماً

يؤمنون بالله واليوم الآخر
يؤادون من حاد الله ورسوله)
وهؤلاء قد أستغرقوا فى
مجالسهم المحرمة المليئة
بالآثام ، فالجلوس معهم
مشاركة فيما يرتكبون ، مودة
معهم مع أنهم غير جديرين بهذه
المودة لعصيانهم وأوامر الله
ورسوله وإستباحهم ما حرم الله
ورسوله ، وأولئك حزب
الشيطان من جلس معهم فقد
رضى بتركهم وأقر فعلهم ،
والمؤمن الحق مأمور بإزالة
الباطل متى إستطاع وبالسيلة
المشروعة فإن لم يستطع فعليه
بالإبتعاد عن مجالس المنكرات
ففى الحديث الشريف فى
صحيح مسلم عن أبى سعيد
الخدري رضى الله عنه قال ^(٥٤) :
سمعت رسول الله ﷺ يقول (من
رأى منك مثكراً فليغيره بيده
فإن لم يستطع قبلساته فإن لم
يستطع فيقلبه وذلك أضعف
الإيمان) .

فى الحديث النبوى دعوة
إلى مكافحة المنكرات ومنها
هذه السموم (المخدرات) بعد
أن بان ضررها وشاع سوء
آثارها وكانت عاقبة أمرها
خسواً للإنسان وللمال بل وفى

المال ، فمن كان له سلطة إزالة
هذه المخدرات والقضاء على
أوكارها وتجارها كان لزاماً عليه
بتكليف من الله ورسوله أن يجد
ويجتهد فى مطاردة هذه الآفة ،
ومن لم يكن من أصحاب
السلطة فإن عليه واجب الأمر
بالمعروف والنهى عن المنكر ،
فبيان للناس آثارها المدمرة لنفس
الإنسان وماله ، ومن الأمر
بالمعروف بإبلاغ السلطات بأوكار
تجارها ومتعاطيها ، فالتستر
على الجريمة إثم وجريمة فى حق
الأمة وإشاعة للفحشاء فيها ،
وجميع الأفراد مطالبون بالأمر
بالمعروف وبالإرشاد عن مرتكبي
هذه المنكرات ومروجى المخدرات ،
إذ هى النصيحة التى أمر بها
الرسول صلوات الله وسلامه عليه
فى الحديث الذى رواه البخارى
ومسلم عن قيس الدارى ^(٥٥)
(الدين النصيحة : قاله له
ثلاثاً : قال : لمن يا رسول الله
قال : لله ولرسوله ولأئمة
المسلمين وعامتهم) وفى
الحديث ^(٥٦) الذى رواه النسائى
عن أبى بكر الصديق رضى الله
عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ
يقول : (إن القوم إذا رأوا
المنكر فلم يغيروه عثمهم الله
بعقاب) .

والنصيحة لأئمة المسلمين أي للحكام بالإرشاد ومعاونتهم على منع المنكرات والأثم ، لأنهم القادرون على تغييرها بالقوة ، فلا تأخذنا رحمة في دين الله ، إذ التستر على هذه الأثم إغانة لمروجيها على الاستمرار في هذه المهمة الخبيثة .

وبعد : فقد أوضحنا فيما تقدم إجماع فقهاء المذاهب الإسلامية على تحريم إنتاج المخدرات وزراعتها وتجارتها وترويجها وتعاطياها طبيعية أو مخلقة ، وعلى تجريم أي إنسان يقدم على شيء من ذلك بخصوص صريحة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، وإنه لا ثواب ولا مثوبة لما ينفق من ربحها فإن الله طيب لا يقبل إلا طيباً . أما الكسب الحرام فإنه مردود على صاحبه ، يعذب به في الآخرة وساعات مصيراً ، وبيننا حكم مذاواة المدمنين بإشراف الأطباء المتقنين لمهنتهم ويقدر الضرورة حتى يزول هذا الإدمان ، وإنه لا يحل التلوى بالمحرمات إلا عند تعينها دواء وعدم وجود دواء مباح سواها ،

كما أوضحنا أن المجالس التي تعد لتعاطي هذه المخدرات مجالس فسق وإثم ، الجلوس فيها محرم على كل ذي مروءة يحافظ على سمعته وكرامته بين الناس وعند الله ، وأن على الكافة إرشاد الشرطة المختصة لمكافحة تجارة هذه السموم القاتلة ، والقضاء على أوكارها وأن هذا الإرشاد هو ما سماه الرسول الأكرم بالنصيحة لله ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم .

وبعد : فإن الله الذي حرم هذه المورقات المخدرات المهلكات للأفئس والأموال حرم أم المحبائث (الحمر) وقد آن لنا أن نخشع لذكر الله تعالى وما أنزل في قرآنه وعلى لسان نبيه صلى الله عليه وسلم قال سبحانه (إنما الخمر والميسر والأثمصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فياجتنبوه لعلكم تفلحون) (٥٧) .

آن لنا أن نجعل هذا الحكم نافذاً في منجمتنا حماية لأولادنا ونسائنا أولاً وأخيراً طاعة لرئيسنا ، وفق الله الجميع

للتمسك بدينه والعمل بشريعته وهو حسبنا ونعم الوكيل (يا أيها الذين آمنوا إستجيبوا لله وللرسول إذا دعاكم لما يحْيِيكم) (٥٨) ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

ثامناً - الحكم الشرعي لتوقيع المحاكم لعقوبة الإعدام على المتهم الذي يجلب جواهر مخرقة (٥٩) :

إن الشريعة الإسلامية قد جاءت رحمة للناس واتجهت في أحكامها إلى إقامة مجتمع فاضل تسوده المحبة والمودة والعدالة والمثل العليا في الأخلاق والتعامل بين أفراد المجتمع ، ومن أجل هذا كانت غايتها الأولى تهذيب الفرد وتربيته ليكون مصدر خير للمجاعة ، فشرعت العبادات سعيّاً إلى تحقيق هذه الغاية وإلى توثيق العلاقات الاجتماعية ، كل ذلك لضالع الأمة وغير المجموع والمصلحة التي يبتغاها الإسلام وتضافرت عليها نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة تهدف إلى المحافظة على أمور خمسة يسميها فقهاء الشريعة

لا يصلى عليه ولا يدفن في مقابر المسلمين .

ونخلص مما تقدم إن المخدرات بكافة أنواعها وأسمائها طبيعية أو مخلقة مسكرة ، وأن كل مسكر من أى مادة حرام ، وهذا الحكم مستفاد نصاً من القرآن الكريم ومن سنة رسول الله ﷺ ، وبذلك يحرم تعاطيها بأى وجه من الوجوه من أكل أو شرب أو شم أو حق لأنها مفسدة ، ودرء المقاسد من المقاصد الضرورية للشريعة الإسلامية حماية للعقل والنفس ولأن الشرع الإسلامى أعنى بالمنهيات ، وفى هذا يقول الرسول ﷺ (إذا أمرتكم بشئ فأتوا منه ما استطعتم ، وإذا نهيتكم عن شئ فاجتنبوه) .

إذا كان ذلك كذلك تكون الوسائل المؤدية إلى ترويج المخدرات محرمة سواء كانت زراعة أو إنتاجاً أو تهريباً أو إتياناً فالتعامل فيها على أى وجه مندرج قطعاً فى المحرمات باعتباره وسيلة إلى المحرم ، ولما كان من مقاصد التشريع الإسلامى ما سماه الفقهاء بالضرورات الخمس وقد جرت

الحرم فى الجسم والعقل بل أشد ، والقاعدة الشرعية الى تعتبر من أهم القواعد التشريعية فى الإسلام ، وهى دفع المضار ومد ذرائع الفساد ، ومع هذا فقد أخرج الإمام أحمد فى مسنده وأبو داود فى سننه عن أم سلمة رضى الله عنها قالت (نهى رسول الله ﷺ عن كل مسكر ومفتر) .

والمفتر كما قال العلماء كل ما يورث الفتور والخور فى أعضاء الجسم ، وقد نقل العلماء إجماع فقهاء المذاهب على حرمة تعاطى الخشيش وأمثاله من المخدرات الطبيعية والمخلقة لأنها جميعاً تودى بالعقل وتفسده وتضر بالجسم والمال وتحط من قدر متعاطيها فى المجتمع .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى وجوب حد متعاطى المخدرات كشارب الخمر تماماً لأنها فعلها وأكثر منها . بل قال ابن تيمية (إن قبيها المخدرات) من المفساد ما ليس فى الخمر فهى أولى بالتحريم ، ومن إستحلها وزعم إنها حلال فإنه يستتاب فإن تاب وإلا قتل مرتين) .

الإسلامية الضرورات الخمس وهى : الدين والنفس والمال والعقل والنسل ، والمحافظة على العقل من الضرورات التى حرص الإسلام على تأكيدها فى تشريعه ، وحفظ العقل من أن تناله آفة تجعل قاعده مصدر شروأذى للناس وعيباً على المجتمع ومن أجل هذا حرم الإسلام وعاقب من يشرب الخمر وغيرها مما يتلف العقل ويخرج الإنسان عن إنسانيته ، وكما قال الإمام الغزالى (إن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الحق وصلاح الخلق فى تحصيل مقاصدهم لكننا نعنى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة ، وهو أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعها مصلحة .

وإذا كانت المخدرات كالحشيش والأفيون والكوكايين والهيروين وغيرها من المواد الطبيعية المخدرة وكذلك المواد المخلقة المخدرة تحدث آثار

عبارتهم بأنها حفظ الدين وحفظ النفس وحفظ النسل وحفظ المال وحفظ العقل ، وقالوا إنه بالاستقرار وجد أن هذه الضرورات الخمس مراعاة في كل ملة .

وفي سبيل حفظ هذه الضرورات شرعت العقوبات ، وهي كما جاءت في استنباط الفقهاء من مصادر الشريعة تنتزع إلى ما يأتي :

أولاً: الحدود .

ثانياً ، جرائم الجنائية على النفس وما دون النفس وما يتبعها من الدية والإرث .

ثالثاً: جرائم التعازير .

ولما كان لكل حد عقوبة معينة أو عقوبات لا محيص من توقيعها على الجاني ففي التعزير مجموعة من العقوبات تبدأ من النصح وتنتهي بالجلد والخبس ، وقد تصل للقتل في الجرائم الخطيرة ويترك للقاضي أن يختار من بين هذه المجموعة العقوبة الملائمة للجريمة وحال المجرم ونفسيته وسوابقه ، ولم تنص الشريعة على كل جرائم التعازير ، ولم تحددها بشكل

لا يقبل الزيادة والنقصان - كما فعلت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية وإنما نصت على ما تراه من هذه الجرائم ضاراً بصفة دائمة بمصلحة الأفراد والجماعة والنظام العام وتركت لأولى الأمر في الأمانة أن يحرموا ما يرون بحسب الظروف إنه ضار بمصالح الجماعة أو أمنها أو نظامها ، وأن يضعوا قواعد لتنظيم الجماعة وتوجيهها ويعاقبوا على مخالفتها .

والأصل في الشريعة الإسلامية أن التعزير للتأديب وإنه يجوز من التعزير ما أنت عاقبته غالباً ، فينبغي ألا تكون عقوبة التعزير مهلكة ومن ثم فلا يجوز في التعزير قتل ولا قطع لكن الكثيرون من الفقهاء أجازوا إستثناء من هذه القاعدة أن يعاقب بالقتل تعزيراً إذا إقتضت المصلحة العامة تقرير عقوبة القتل ، أو كان فساد المجرم لا يزول ولا يقتله كقتل الجاسوس والداعية إلى البدعة ومعتاد الجرائم الخطيرة .

وإذا كان القتل تعزيراً قد جاء إستثناء من القاعدة فإنه لا يتوسع فيه ولا يترك أمره

للقاضي لكل العقوبات التعزيرية ، بل يجب أن يعين ولي الأمر الجرائم التي يجوز فيها الحكم بالقتل ، وقد إجتهد الفقهاء في تعيين هذه الجرائم وتحديدتها ولم يبيحوا القتل إلا إذا إقتضت الضرورة ذلك بأن كان المجرم قد تكررت جرائمه وبس من إصلاحه أو كان إستئصال المجرم ضرورياً لدفع فساد وحماية الجماعة منه .

ويبيح الحنفيون عامة القتل تعزيراً ويسمون القتل سياسة ، ويرى بعض المخيلة هذا الرأي وعلى الأخص ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ويأخذ بهذا الرأي قليل من المالكية ولما كان بين من مطالعة أوراق هذه الدعوى كما سطرها التحقيقات أن المتهم قد قسام بجلب جواهر مخدرة (هيروين) بقصد ترويجها والإتجار فيها في جمهورية مصر العربية دون ترخيص كتابي من الجهة حسبما هو ثابت بتحقيقات النيابة وبأقوال الشهود وما إدعاه من عدم ملكيته للحقيقة وما تحتويه من مخدرات بعد إعترافه بحيازته لها لا ينهض دليلاً على درء التهمة عنه .

محققة تلحق بالوطن ، لما كلن ذلك فإذا إطمأن وجدان المحكمة إلى أن المتهم قد قام بجلب المخدر المشار إليه قاصداً ترويجه وتوزيعه بمعرفة أعوان في جمهورية مصر العربية ، الأمر الذي يترتب عليه إتلاف الأموال والأبدان والعقول ، فإنه حينئذ يجوز أن تنزل به عقوبة التعزير حتى القتل وفقاً لما تقتضيه مصلحة الأمة والجماعة ، والله سبحانه وتعالى أعلم (١٠) .

دوره إلا بالقتل لأن دوره المفساد من المقاصد الضرورية للشريعة حماية للعقل والنفس . ولا شك أن تأثير المخدرات بأنواعها على عقل الإنسان أمر أثبتته البحوث والدراسات فتعاطى الهيروين والعقاقير المخدرة يؤدي عند الإنقطاع أو الفشل في الحصول على جرعة إلى الإصابة بتشنجات يعقبها اضطراب عقلي ربما يؤدي إلى الوفاة فالمخدر لعنة تصيب الفرد وكارثة تحمل بالأسرة وخسارة

ولما كان جلب المخدرات وترويجها والإحجار لم يرد بشأنها عقوبة مقدرة شرعاً يستوجب إنزالها على المتهم كعقد شرب الخمر وحد الزنا وحد قطع الطريق فإنه لا مناص من إدخالها في باب التعازير التي قد تصل العقوبة في بعض الجرائم الخطيرة فيها إلى القتل حسبما يقدره ولي الأمر ويرى أن الخطر الداهم الذي يحيق بالأفراد والجماعة من جراء جلب هذه المخدرات وترويجها لا يمكن

إرادة الشعب

إن إرادة الشعب الحازمة هي التي تقر القانون الأساسي ، وليست إرادة إية مصلحة من مصالح الحكومة أو كلها مجتمعة .

« إبراهيم لتكولين »

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

- (١) أنظر أصول الفقه - الشيخ أبو زهرة - القاهرة ١٩٧٠ ص ٨٢٦ - الموافقات - الشاطبي - ج ١ - ص ٤٢٣ .
- (٢) " التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي " عبد القادر عوده - طبعة ١٩٧٤ - ج ١ ص ٤٤٨ .
- وراجع لنا التصرف في التحقيق الجنائي وطرق الطعن فيه ص ١٠٥ وما بعدها .
- (٣) الدكتور عصام أحمد : جرائم المخدرات وقضاء ص ٣٣ .
- (٤) سان أبي داود كتاب الأضرة باب النهي عن السكر - ج ١ - ص ٢٩٤ - الطبعة الأولى - ١٣٧١ هـ .
- (٥) أنظر المستوفى والجزاء في القرآن الكريم " د. محمد إبراهيم الشافعي - القاهرة ١٩٨٢ - ص ٤٣٥ .
- (٦) المستشار على منصور - مؤلفه " نظام التجريم في الإسلام " ج ١ - ص ١١٤ .
- (٧) الشيخ عبد المجيد سليم - فتاوى في ١٢/٤/١٩٣٩ - منشور في الفتاوى الإسلامية - طبعة ١٩٨١ - ص ١٥٧٦ .
- (٨) وقد أيد ذلك مفتي الديار المصرية الشيخ محمد سيد طنطاوي في لقاءاته - أنظر جريدة الجمهورية - عدد السبت الموافق ١٩٨٩/٧/٢٩ ص ١ .
- (٩) فتاوى الشيخ عبد المجيد سالم سنة ١٩٣٠ ص ٣ - الفتاوى الإسلامية ج ٤ طبعة ١٩٨١ .
- (١٠) المفتي ثم فضيلة الشيخ جاد الحق على جاد الحق - ص ١١٧ - ١٦ - ٨ - ربيع الأول ١٤٠٣ هـ - ٣ يناير ١٩٨٢ .
- (١١) راجع الفتاوى الإسلامية الصادرة من دار الإفتاء المصرية - المجلد العاشر ص ٢٥٩٣ .
- (١٢) راجع لنا في شرح أحكام الشهادة : التحقيق الجنائي العملي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي - الناشر شباب الجامعة بالأبكنونية .
- (١٣) المفتي ثم فضيلة الشيخ جاد الحق على جاد الحق - ص ١٠٥ - ٢٤٨ - ربيع الآخر ١٣٨٩ هـ - ٤ مارس ١٩٦٩ .
- (١٤) راجع الفتاوى الإسلامية الصادرة من دار الإفتاء المصرية المجلد العاشر ص ٣٥٠٧ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١٥) من الآية ١٩١ من سورة البقرة .

(١٦) المصطفى الفزالي ج ١ ص ٢٨٨ .

(١٧) قواعد الأحكام في مصالح الأئمة ج ١ ص ٦٢ .

(١٨) الأيمان ٩٠ ، ٩١ من سورة المائدة .

(١٩) أخرجه منيل - من شرح سبل السلام على متن بلوغ المرام ٤٧ ج ٤ .

(٢٠) المرجع السابق .

(٢١) ج ٨ ص ١٧٧. نيل الأوطار للشوكاني .

(٢٢) من حديث ابن عمر الذي رواه الجماعة إلا البخاري وابن ماجه من كتاب نيل

الأوطار للإمام الشوكاني ص ١٧٢ ج ٨ .

(٢٣) سنن أبي داود ص ١٣٠ ج ٢ .

(٢٤) فتاوى ابن تيمية ج ٤ ص ٢٥٧ وكتاب السياسة الشرعية له ص ١٢١ .

(٢٥) فتاوى ابن تيمية ص ٢٥٧ المجلد الرابع .

(٢٦) . (١٥) الأشباه والنظائر لابن قيم المصري الحنفى في القاعدة الخامسة .

(٢٧) نيل الأوطار للشوكاني ج ٥ ص ١٤١ وسبل السلام للصنعمانى ج ٢ ص ٢١٦ .

(٢٨) رواه أبو داود في سننه ج ٧ ص ١٢٨ في كتاب الأشربة وابن ماجه في سننه .

(٢٩) من الآية ٣ من سورة المائدة .

(٣٠) السياسة الشرعية لابن تيمية ص ١٢٨ في حد الشرب .

(٣١) ص ٢٣٣ ج ٤ في باب الأشربة والمخدرات .

(٣٢) من الآية ٤٣ من سورة النساء .

(٣٣) من الآية ٢٩ من سورة النساء .

(٣٤) رواه أبو داود في سننه في باب الأشربة ج ٢ .

(٣٥) زاد المعاد لابن القيم ج ٤ ص ٤٧٤ .

(٣٦) من الآية ٩٠ من سورة المائدة .

(٣٧) من الآية ٢٦٧ من سورة البقرة .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(٣٨) من الآية ٥١ من سورة المؤمنون .

(٣٩) من الآية ١٧٢ من سورة البقرة .

(٤٠) من الآية ١٧٣ من سورة البقرة .

(٤١) من الآية ١٤٥ من سورة الأنعام .

(٤٢) من الآية ١١٩ من سورة الأنعام .

(٤٣) من الآية ١٠٦ من سورة النحل .

(٤٤) من هنا إبن عابدين في حاشيته رد المختار ج ٥ ص ٤٥٦ في آخر كتابه الخطر والإباحة .

(٤٥) الآية ٣ من سورة المؤمنون .

(٤٦) من الآية ٧٢ من سورة الفرقان .

(٤٧) من الآية ٥٥ من سورة القصص .

(٤٨) من كتاب الترغيب والترهيب ص ٤٩ ، ج ٥٠ ، ص ٤٦ .

(٤٩) يحللك : يعنى يعطيك .

(٥٠) من الآية ٣٨ من سورة النساء .

(٥١) ج ٤ ص ٢٣٤ .

(٥٢) الآية ٣٦ من سورة الزخرف .

(٥٣) من الآية ١٣ من سورة الممتحنة .

(٥٤) من الآية ٢٢ من سورة المجادلة .

(٥٥) الترغيب والترهيب للمعنى ج ٣ ص ٢٢٣ .

(٥٦) الترغيب والترهيب للمعنى ج ٣ ص ٢٢٨ .

(٥٧) المرجع السابق ص ٢٢٩ .

(٥٨) من الآية ٩٠ من سورة المائدة .

(٥٩) من الآية ٢٤ من سورة الأنفال .

(٦٠) رأى فضيلة مفتى جمهورية مصر العربية في هذا الموضوع صدر في شأن قضية جلب مخدر عرضت على فضيلته قبل إصدار الحكم بالإعدام عملاً بنص القانون .

هوامش

أنظر كتابنا التجريم والعقاب في قوانين المخدرات الطبعة الأولى ١٩٩٠ الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية .

هوامش

(٦١) أنظر في تحديد الأسباب الإجرائية والموضوعية للبراءة في قضايا المخدرات كتابنا شرح قوانين المخدرات منشأة المعارف بالأسكندرية .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

أوليات:

لعل من أهم واجبات ومسئوليات رجال الشرطة على اختلاف درجاتهم فى أى مجتمع من المجتمعات القيام بالكشف عن الجرائم المرتكبة فضلاً عن عمليات المكافحة ذاتها ومنع الجرائم قبل وقوعها .

ولا مرأ فى أن عملية الكشف عن الجريمة بصفة عامة بما تضمنه من مرحلتى البحث والتحري وبالتالى التعرف أوضحت الآن بالدرجة الأولى تركز على الجهود التى تبذل من العمل المنظم والجهد المضنى .

وهكذا تعتمد أعمال الشرطة فى الكشف عن الجرائم وتحقيقها على التحريات التى تتولاها ولهذا كانت "التحريات" وبالتالى " المراقبة " من الإجراءات الجوهرية الي يجب النظر إليها بقدر من الإهتمام لا يقل عن القدر الذى ينظر به

إلى بقية أعمال الشرطة من ضبط وتفتيش وقبض ، ومع ذلك لم يتعرض المشرع الإجرائى ^(١) كما سنرى - إلا تعرضاً ضئيلاً وطقيفاً للتحريات الشرطية (م ١٢١ ج -) - وهكذا كانت التحريات وكيفية القيام بها من الأمور التى لم ينظمها المشرع وبالتالى أصحت من الأمور الملقلة الى محتاج إلى قواعد تستقر عليها خاصة أن القانون لا يوجب حتماً أن يتولى رجل الضبط القضائى بنفسه التحريات والأبحاث التى يؤسس عليها الطلب له بتفتيش الشخص أو أن يكون على معرفة شخصية سابقة به ، بل له أن يستعين فيما يجريه من تحريات وأبحاث أما ما يتخذه من وسائل التنقيب بمعاونين من رجال السلطة العامة والمرشدين العريين ومن يتولون إبلاغه عما وقع بالفعل من جرائم ^(٢) .

وقد يتساءل البعض عما يمكن أن يتضمنه بتنظيم هذه

التحريات وعن الغرض من مثل هذا التنظيم ؟

نقول رداً على هذا التساؤل أن تنظيم التحريات - شأنه شأن تنظيم أية إجراءات أخرى من إجراءات التحقيق - ينبغى أن يتضمن تحديداً لفئات رجال الشرطة الذين يجوز لهم القيام بالتحريات سواء أكانوا من مأمورى الضبط القضائى أم لم يكونوا كذلك ، والأحوال التى ينبغى قصر إجراء التحريات عليها ، وكيفية القيام بها وكيفية كتابة التقارير والمحاضر التى تتضمنها وكيفية مراجعتها ... إلخ ، ولا شك إن شأن مثل هذا إكتساب التحريات الثقة فيها وبالتالى إلترام القائمين بها بتوخى الحقائق والدقائق فى الأمور .

وجيز القول أن أعمال الشرطة تعتمد إلى حد كبير على " التحريات والمراقبة " التى يتولاها جهاز الأمن سواء فى

سواء فيما يتعلق بالمجال الجنائي أو الإداري .

ففى المجال الجنائى يتعلق الأمر بإثبات الجرائم بعد وقوعها وما يعقب ذلك من البدء فى إجراءات جمع الإستدلال والتحقيق ... إلخ .

وفى الشق الإدارى يتعلق الأمر بتنفيذ القوانين أو إتخاذ المكنات الشرطية التى تسهل للجهاز الشرطى الحفاظ على عقد الأمن من ذلك التحريات التى تتم للوقوف على مدى الخطورة الإجرامية لشخص ما وعما إذا كان من مهبرى المخدرات من عدمه أو الموافقة على الترخيص لشخص ما بحمل وإحراز سلاح ومدى توافر المبررات اللازمة للتخصيص ... إلخ إذا لا مراء أن إصدار أى قرار إدارى بصدد مثل هذه الحالات يستلزم بالضرورة إجراء بعض التحريات خشية إصابتها القرار بالعقم أو البطلان إذا طعن فيه صاحب الشأن .

يضاف إلى ذلك أن التحريات التى تقوم بها هيئة الشرطة باعتبارها سلطة ضبط إدارى فى مجال الإنتقال

وتحرير المحاضر والقبض والتفتيش وحالات التلبس ... إلخ ، إلا أنه على العكس لم يشر إلى حدود ومضمون تحريات الشرطة إلا بطريقة ضمنية ، ويبدو ذلك من نص المادة ١٢١ . ج عندما قالت " يقوم مأمور الضبط القضائى بالبحث عن الجرائم ومرتكبها وجمع الإستدلالات التى تلزم للتحقيق والدهوى " ، وما رددته المادة ١٢٤ . ج عندما قضت بأن " يجب على مأمورى الضبط القضائى وعلى مرؤوسهم أن يحصلوا على جميع الإيضاحات ويجروا المعاينات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع التى تبلغ إليهم أو التى يعلنون بها بأية كيفية كانت " .

وهكذا نجد أن أمر " التحريات والمراقبة " من حيث قيودها - أى من حيث حدودها - ما زالت دون تنظيم صريح من المشرع ، وعلى ذلك فإن سلطة مأمور الضبط القضائى فى إجراءات متروكة لإجتهاد الفقه وأحكام المحاكم ، والتحريات والمراقبة لا يخرج كل منها عن كونه تحقيقاً غير منظور - فمنها تنأى آثار كبيرة وجسيمة :

الكشف عن الجرائم بعد وقوعها وذلك يندرج تحت لواء الأعمال التنفيذية للقانون (ضبطية قضائية) أو فى إتخاذ ما يلزم من وسائل منعوية وهذا يخضع للشق التقديرى للقانون (ضبطية إدارية) .

لذلك كانت " التحريات والمراقبة " - فى كلا الأمرين : منع الجريمة أو الكشف عنها - من حدودها - لا يقل عن القدر الذى ينظر به إلى سائر مكينات الشرطة فى كافة المجالات ، ولما كان المشرع - كما سبق القول - لم يتعرض لهذين الأمرين إلا تعرضاً طفيفاً ، وبصورة تكاد تكون ضمنية فليس أمامنا فى تبيان قيود وحدود " التحرى أو المراقبة " إلا أحكام القضاء وما سار عليه الفقه .

حقيقة إن التشريع الإجرائى تناول بالتفصيل فى " الفصل الأول من الباب الثانى " منه الأحكام الخاصة بجمع الإستدلالات وبيان إختصاصات وواجبات وسلطات مأمورى الضبط القضائى من حيث - قبول التبليغات والشكاوى

أو فضه ... إلخ وذلك فى المجال الشرطى .

ومن ثم فإن أحكام القضاء بصفة عامة ستكون المرجع الأول والمعين للملهم فى تحديد وإستخلاص الإتجاهات والمبادئ التى يمكن أن تكون بمثابة الأسس المشروعة لتنظيم إجراءات التحريات والمراقبة أى حدود وقيود التحرى والمراقبة حفاظاً على حريات الأفراد .

التحريات والمراقبة والمختص ببيانيتها

لم يقصد المشرع فى المادة ١٢٤ ج. سلطة جمع الإستدلالات وبالتالي " التحرى والمراقبة " على إعتبار أنها إحدى وسائل الإستدلال على مأمورى الضبط القضائى أنفسهم بل منحها أيضاً لمروسيهم ، وقضت محكمتنا العليا بأن :

" ولا يقال أن ما فعله العسكرية هو من قبيل التفقيش المنوع كلا بل هو من قبيل التحرى من وجود الجرائم وجمع الإستدلالات الموصلة إلى التحقيق ، وسلطة التحرى وجمع الإستدلالات ليست مقصورة

حق الحكومة أن تتخذ هذا الإجراء الذى إتبعته مع المدعى ولو لم يصدر ضده أحكام سابقة ما دامت التحريات تدل على وجود نشاط فى التهريب ، تلك التحريات التى لم يضحها المدعى وإلم يقدم ما يبرر القائلين بها أو يدل على أنهم كانوا مدفوعين إليها بحاصل الهوى والغرض ^(٣) نخلص من ذلك أن التحريات أو المراقبة من الإجراءات التى لا بد من وضع قيود وحدود لها والقضاء سواء فى شقته الجنائى أو الإدارى تعرض لحدود التحريات والمراقبة فى الكثير من أحكامه فالأول تعرض لها مثلاً فى المجال الجنائى بصدد التحريات والمراقبة ومدى كفايتها لإستصدار إذن من النيابة لضبط من يتجر فى المواد المخدرة وتفتيشه وما يتبع ذلك من السير فى إجراءات التحقيق أما الثانى فكان تعرضه بسبب ما يصدر عن هيئة الشرطة بصفة خاصة والإدارة بصفة عامة من قرارات تقضى إلى منع أو منع بعض الحقوق أو الزايات للأفراد كالترخيص بحمل وإحراز السلاح والتصرع بمقد إحتضار

والسفر تعد اللجنة الأولى التى يحمل عليها قرار المنع من السفر ، وفى ذلك تقول محكمة القضاء الإدارى " أنه وإن كانت القاعدة تقضى بحرية الفرد فى الإنتقال من جهة إلى أخرى خارج الديار المصرية إلا أن للحكومة الحق فى منع سفر بعض الأفراد ما دامت ترى فى منعهم من ذلك دفعاً لمخاطرتهم ، وتأميناً لسلامة البلاد وأمنها وصيانة كيانها وحماية أفراد الشعب والمجتمع من كل ما يضره مادام قرارها قد خلا من سوء إستعمال السلطة وما دام المنع مبنياً على أسباب جدية متصلة بالصالح العام ، ولا يغير من هذا النظر ما يقول به المدعى من مضي مدة على الأحكام الصادرة ضده فى الإتهام بالمخدرات تعمد إليه إعتباره إذ أن رد الإعتبار لا يمنع الحكومة إتخاذ تلك الإجراءات الوقائية التى من شأنها إن تحد من نشاطه فى تهريب المخدرات لمنع أثرها السىء على أفراد الشعب وهو أى رد الإعتبار - لا يعدو أن يكون من شأنه محو أثر الحكم وعقوباته التبعية لذلك فإن من

التحرى والمراقبة وسلطة مأمور الضبط القضائي:

لا مرأ أن " التحريات والمراقبة " من " الإجراءات الى من شأنها النيل والمساس بالحريات العامة لذلك كان لابد من قصر القيام بها على مأمور الضبط القضائي بحيث لا يترك الأمر فى إتخاذها لمؤوسيههم إلا عند الضرورة وتحت إشرافهم خشية العبث بحريات الناس أو إنتهاك حرمان المساكن لا سيما أن التحرى والمراقبة فى كثير من الحالات يترتب عليها نتائج ماسة بالحريات نظراً لما قد يعقبها من ضبط أو تفتيش وما يتبع ذلك .

فمن يتحرى ويراقب أحد الأفراد لتأكيد تجارته فى المواد المخدرة ويضبط محضراً بالنتيجة يعرض على النيابة للإذن بتفتيش هذا الشخص ثم يقوم بتنقيذه دون أن تكون التحريات على درجة كافية من الجدية والحيدة فيه إعتداء سافر على حريات الأفراد قد يقال إن إستصدار الأذن بعد " المراقبة والتحرى " من الأمور التى تخضع لرقابة سلطة التحقيق

يكلنوا مؤوسيههم من رجال الشرطة بإجراء التحريات والمراقبة بل إن لمؤوسى مأمورى الضبط طبقاً للتشريع الإجرائى وأحكام المحاكم مباشرة سلطة جمع الإستدلالات ويندرج فيها " التحرى والكراكية " دون تكليف خاص ما دامت طبيعة الأعمال الموكولة لهم تستلزم ذلك والتكليف الصادر من مأمورى الضبط القضائي لمؤوسيههم بإجراء التحريات أو المراقبة يستوى أن يكون عاماً أو محدداً بموضوع معين أو بواقعة معينة شفوياً أو مكتوباً محضر التحريات الذى يحرره المأمور فى كل هذه الأحوال يعتبر محضراً رسمياً " .

" والمجاويز من مؤوسى مأمورى الضبطية القضائية يساعدن فى أداء ما يدخل فى نطاق وظيفتهم مادام قد كلف بإجراء التحريات وجمع الإستدلالات الموصلة إلى الحقيقة فإنه يكون له الحق فى تحرير محضر بما أجراه فى هذا الشأن عملاً بالمادة العاشرة من قانون تحقيق الجنائيات (م ١٢٤ ج) (١١) .

على رجال الضبطية القضائية أنفسهم بل خولها القانون لمؤوسيههم أيضاً كما هو صريح نص المادة العاشرة من قانون تحقيق الجنائيات (م ١٤ ج) ورجال البوليس الملكى هم من مؤوسى رجال الضبطية القضائية من رجال البوليس فلم بهذه الصفة الحق فى إجراء التحريات وجمع الإستدلالات . ثم إنه ليس بصحيح القول بأن رجال البوليس ليس من حقهم إجراء التحريات إلا عن الوقائع التى تبلغ إليهم لأن المادة العاشرة تجهيز لهم أيضاً إجراء التحريات عن الوقائع التى يشاهدونها يعلمون بها " بأية كيفية كانت " مما يفيد تخويلهم حق التحرى عن الوقائع التى يشاهدونها بأنفسهم ولو لم تبلغ إليهم من غيرهم " (١٢) .

" جمع الإستدلالات الموصلة إلى التحقيق ليست مقصورة على رجال الضبطية القضائية بل إن القاتنون يخول ذلك لمساعديههم بمقتضى المادة العاشرة من قانون تحقيق الجنائيات (١) وعلى ذلك يجوز لرجال الشرطة المعتبرين من مأمورى الضبط القضائي إن

ومحكمة الموضوع ولكن متى ؟ بعد أن تكون التجريبات قد انتهكت والحرمات قد سلبت لا سيما وإن المشرع لم يورد أى قيد على سلطة مأمور الضبط القضائي من شأنه الحد من السبل المؤدية إلى ضبط الجرائم وجمع التجريبات اللهم للامراعاة حريات الأشخاص وحرمان مساكنهم وعدم المساس بالنظام العام وحسن الآداب^(٧) وذلك فى صورة عامة دون إيضاح أو تفصيل .

وأخيراً لا يمكن أن نتناسى أن سلطات التحقيق تعتمد - فى غالبية الأمور - فى الأذن بالقبض والتفتيش على " التجريبات والمراقبة " دون اشتراط وجود تحقيق مقترح إذ يكفى تقديم تقرير بنتيجة التجريبات ودون اشتراط تحرير محضر بها .

وقضى بأن " لا يشترط لصحة الأذن فى التفتيش الصادر من النيابة العمومية أن يسبقه عمل من أعمال التحقيق بل يكفى أن يكون الطلب مصحوباً بتجريات أو بلاغ يكفى بذاته فى نظر

النيابة لصدر إذنهما فى التفتيش^(٨) .

وقد تدارك المشرع ذلك مؤخرًا إذ اشترط صراحة أن يكون أمر التفتيش مسبباً (م ١٩١ ج) جماع ما تقدم أن " التجريبات أو المراقبة " من الأمور الهامة التى يجب قصرها على مأمور الضبط القضائي خشية إهدار الحريات وانتهاكها^(٩) فالحرية الشخصية هى ملك الحياة الإنسانية لا تخلفها الشرائع بل تنظمها ولا توجد القوانين بل توافق بين ثقتى متاحيها ومختلف توجيهاتها لا سيما وقد ثبت تزايد محاضر التحرى زيادة جسيمة وكون أغلبها يتم نتيجة إستيقاف متسرع من أحد رجال الحفظ يلحق إقتياد محتوم إلى قسم الشرطة للتحرى عن المشتبه فيه " .

ومن دراسة ميدانية إحصائية قامت بها أكاديمية الشرطة " قسم التدريب " عام ١٩٧١ إتضح إن ثمة أرقام توحى بإساعة هذه السلطة فى التحرى عن طريق الإستيقاف فقد وضع من إحصائية " مديرية

أمن القاهرة " إن مجموع محاضر التحرى التى تمت عام ١٩٧٠ بلغت (٣٠٣٨٠) محضراً تقيد منها ٢٨٢٩٠ محضراً برقم إدارى ١٤٩٠ محضراً برقم جنحة إشتباه أو أرفق بها - ومن ثم تكون النسبة هى ٩٥.٢٪ إلى ٤.٨٪ وأرجعت ذات الدراسة هذا التجاوز الخطير إلى إنحراف القائم بالتحرى عن رسالة الشرطة أو عن طريق تهذب المصلحة العامة أو عن طريق عدم مراعاة الشروط الواجب توافرها وذلك لدافع الإنتقام أو المصلحة الشخصية أو حب إظهار السلطة ... إلخ .

ورأى عدد مجيد من ضباط شعبة البحث الجنائى بديرية أمن القاهرة عدم جدوى السماح لرجال الشرطة من غير مأمورى الضبط القضائي إستعمال سلطة التحرى إذ أجاب ٧٩٪ منهم سلباً وطلب ٨٢٪ قصرها على الضباط دون غيرهم وأجاب بعض المواطنين أن تعسف رجال السلطة العامة وقع ٧٪ منه عن طريق ضباط الشرطة ٩٣٪ عن طريق الصف والجنود وطالب ٩٢٪ من أصحاب " إستمارات

الإستيفاء " بقصر سلطة التحرى على ضباط الشرطة دون غيرهم .

وهكذا - وإزاء تلك الأرقام التى تشير إلى الواقع الفعلى - يجدر القول بضرورة قصر التحرى والمراقبة على مأمور الضبط القضائى من رجال هيئة الشرطة .

رقابة محكمة الموضوع والتحريات والمراقبة :

استقرت المحاكم على أن " لا يعيب التحريات أن رجل الضبطية القضائية لم يحذر محضراً بها فالمرشح لم يستلزم منه ذلك إذ يكفى إن يقرر فى التحقيق إنه قام بإباشة تحريات ويدلى بما أسفرت عنه إذ أن تقدير أدلة الدعوى من خصائص محكمة الموضوع حسبما تطعن إليه " (١٠) .

ولا يشترط لصدور إذن النيابة بتفتيش المنازل أن يكون قد حذر محضر يتضمن التحريات الى تبرر صدور هذا الإذن بل يكفى أن تتضمن هذه التحريات تقرير يقدمه ضباط الشرطة للنيابة ، وذهب القضاء إلى حد القول إنه يجوز للحكمة

أن تعمل فى قضائها على تحريات مجهولة وأن تعتبرها معززة للأدلة المقدمة فى الدعوى (١١) لأن مصادر البيانات والمعلومات قد تكون من المصادر السرية التى ترى الإدارة لصالح الأمن عدم الكشف عنها (١٢) وليس من الضروري لإعتبار التحريات جدية أن ينتهى الأمر بإثبات ما تستقدمه التحريات من وقائع فجدية التحريات وكفايتها موضوع مستقل فى تقديره عن نتيجتها (١٣) ، وقضى بأن " لا يعيب إجراءات التحريات أن تبقى شخصية المرشد غير معروفة ولا يفصح عنها رجل الضبط القضائى الذى إختاره لماوثته فى مهمته (١٤) فكل ما يشترطه القانون لصحة التفتيش الذى يحريه النيابة أو تأذن فى إجرائه بسكن المتهم أو ما يتصل بالشخص هو أن تكون هناك جريمة معينة ، وليس من الضروري أن تقتصر التحريات على الوقائع التى تبلغ إلى مأمورى الضبط لأن القانون يميز لهم أيضاً أجزاء التحريات عن الوقائع التى يعلمون بها بأية كيفية

كانت (١٥) بل ويجوز أن تستخلص حقيقة ما ينقله شخص إلى مأمور الضبط القضائى وأن يكون ذلك منقولاً على لسان الشخص الأخير فالعبارة هى بالثقة فى التحريات طبقاً للظروف التى أجريت فيها (١٦) .

وقضت محكمةنا العليا بقولها " إنه من الواجبات المفروضة قانوناً على رجال الضبطية القضائية وعلى رؤوسهم أن يستحصلوا على جميع الإيضاحات وأن يجرؤا جميع التحريات اللازمة لتحقيق الوقائع الجنائية التى تبلغ إليهم ، وقيام النيابة العمومية بإجراء التحقيق بنفسها لا يقتضى قعود هؤلاء المأمورين عن القيام إلى جانبها بهذه الواجبات فى ذات الوقت الذى تباشر فيه عملها وكل

ما فى الأمر أن المحاضر الواجبة على أولئك المأمورين تحريرها بما وصل إليه بحثهم ترسل إلى النيابة لتكون عنصراً من عناصر الدعوى تحقق النيابة ما ترى وجوب تحقيقه منها (١٨).

وعلى ذلك فقيام النيابة بالتحقيق فى الوقائع لا يمنع رجال الضبط من الاستمرار فى التحريات وجمع الأدلة فإذا تم إخطار النيابة بحدوث هو "جناية قتل" فإن تولى النيابة التحقيق لا يمنع من استمرار ضابط المباحث فى التعرّى عن الحادث لتقوية الأدلة .

جماع ما تقدم أن القضاء المصرى قد توارثت أحكامه على أن جدية التعريات أو عدم جديتها من المسائل الموضوعية التى تخضع لرقابة محكمة الموضوع فهى تتعرض بمفصل مدى جديتها ، وعلى ذلك فتقدير كفاية التعريات الى تتولاها الشرطة لا يترك الأمر فيها لسلطات الأمن دون إشراف أو تعقيب من سلطات التحقيق أو القضاء (١٩) تعمل فيها سلطتها التقديرية دون رقابة محكمة الموضوع .

هذا والقضاء المصرى استقر على أن الخطأ فى ذكر إسم الشارع فى محضر التعريات الذى يقع به منزل المتهم لا يجوز المجادلة فيه أمام محكمة النقض .

وقضى بأن " كانت المحكمة قد إطمأنت إلى أن المتهم هو الشخص الذى كان محلاً للتعريات وهو دون غيره المقصود بالتفتيش وكانت جدية التعريات وكفايتها الإصدار الإذن هنئ من المسائل الموضوعية التى يوكل الأمر فيها إلى سلطات التحقيق ، فإن ما أرتأته سلطة التحقيق من جدية وكفاية التعريات على رغم الخطأ فى إسم الشارع الذى يقع به منزل الطاعن لا يجوز المجادلة فيه أمام محكمة النقض (٢٠) .

التعريات إجراء إستدلالي أم تطبيقي؟

التفتيش فى الأصل إجراء من إجراءات التحقيق وبالتالي فهو لا يعد مجرد عمل إدارى أو إجراء شرطى - إلا فى حالات خاصة - يقصد إمطة اللثام وكشف النقاب عن مدى

توافر الشروط التى أوجبها القانون إزاء حالات معينة لمنع الترخيص أو منعه أو للكشف عن الجريمة ومنع وقوعها إذا بدت لها باذرة دنيا ، والتفتيش - غالباً وأبداً - يتم بعد وقوع الجريمة بالفعل وتوافر الدلائل الكافية قبل شخص معين إرتكابها ولذلك فهو إجراء يتخذ فى سبيل تأكيد الأدلة والقرائن للكشف عن الجنايات والجنتح وحيث أنه يعد إجراء تحقيقى يمس حرية الشخص وحرمة مسكنه ويجوز مباشرته عنوة (م. ١٦٠ ج .) .

ومن ثم فهو عمل تنفيذى يقوم به رجل الضبط القضائى تنفيذاً للقانون كلما توافرت شرائط وحدوده التى أوضحها التشريع الإجرائى المصرى .

أما التعريات فتخرج عن هذا المعنى إذ لا ترقى إلى كونها إحدى إجراءات التحقيق بل هى إحدى إجراءات جمع الاستدلالات دائماً وأبداً .

ومرجع ذلك إنها إحدى التدابير الشرطية التى يقصد بها كفالة منع وقوع الجريمة إذا ما تبدى الخطر والإخلال بالقانون

أو ضبط الجريمة بعد إقترافها إذا ما تحول الخطر إلى ضرر إذ عن طريقها يسهل ضبط الفاعل وتقوية الأدلة قبله أى إنها إحدى الإجراءات اللازمة والضرورية قبل إجراء التفتيش على اعتبار أنها تؤدي إلى الكشف عن النقاب والوقوف على الحقيقة لإمكان إجراء التفتيش إذ بدون تحقق ذلك يكون التفتيش قد فقد إحدى الأركان التي أوجب المشرع توافرها ، وهو ضرورة ارتكازه على أمر مسبب وقد قضى بأن " التحريات لها أهمية كبرى في القبض والتفتيش كأن يتلقى رجل البوليس بلاغاً عن جريمة فإن مجرد الإبلاغ دون إجراء تحريات وتثبت من الحقيقة لا يسرع له القبض على الأشخاص أو تفتيشهم ^(٢١) .

والتحريات وإن كانت قسم الحريات العامة التي كفلها الدستور والقانون إلا أن هذا المساس غالباً ما يكون بصورة غير مباشرة وبعبدة عن شخص المتحرى عنه فليس للقائم بها أصلاً التعرض للشخص الجارى التحرى عنه للوقوف على الحقيقة أو إقامتها بالقوة - كما

هو الشأن في التفتيش إذ يجوز مباشرته عنوة - لا سيما إذا كان الخطر لم يتحول بعد إلى ضرر يضاف إلى ذلك أن طبيعة هذا الإجراء تقنع القائم به من التعرض للشخص المتحرى عنه خشية إكتشاف أمره فيأخذ حذره ومن قبيل إجراءات التحرى ترتيب الحراسات ووضع الكمان إذ أن تلك الإجراءات ترمى إلى الكشف عن مدى الخطورة الإجرامية فقط ، ونود أن نشير أنه يخرج من مجال بحثنا حالة ضبط بعض الأشخاص لإستجلاء حقيقتهم والتحرى عن معيشتهم من خلال سؤالهم ومناقضاتهم والإطلاع على ما يحملون من أوراق تثبت شخصيتهم وفحص حالاتهم بالرجوع إلى سجلات السوابق والإنهات ، وعلى الرغم من ذلك نوجه نظر رجال الشرطة إلى أنه يجب عليهم - بالنسبة لهذه الحالة - أن يتأملوا ما يحق بالفرد الذى يتم القبض عليه بدعوى التحرى عن طرق تعيشه دون أن يكون لذلك أى مبرر سوى مصادفته له فى حالة إشتباه ، وهو وصف يستطيع الإتمان - إذا أراد - أن

يلصقه بكل سائر فى الطريق ثم يدفع به بعد ذلك يوماً أو أياماً فى أماكن الحجز دون مبالاة لما قد يترتب على ذلك من انقطاع رزقه ... إلخ .

ثم يتضح بعد ذلك أن هذا المحجوز له مهنته الشريفة وإن كل ذنبه هو إنه فقير الحال والمظهر .

الطبيعة الذاتية للتحريات :

نستطيع أن نتعرف على ماهية التحريات وطبيعتها الذاتية إذا ما بينا الغرض منها فالتحريات التي يقوم بها مأمور الضبط تهدف إلى غرضين أساسيين :

١- التعرف على المذنب بين الجمهور .

٢- جمع الاستدلالات التي تؤيد الإتهام قبله .

ويتحقق الغرض الأول عن طريق الإشتباه وجمع المعلومات والإيضاحات .

أما الغرض الثانى فإنه يتوافر عن طريق سماع شهود الواقعة أو الإتهام والتعرف على الإدلة المادية الأخرى .

فالشخص في أول الأمر يكون مشتبهاً فيه يصبح بعد ذلك متهماً ويطلق على هذه المرحلة " مرحلة الإستقصاء " أي مرحلة الإشتباه وجمع المعلومات أما مرحلة جمع الأدلة ضد شخص بعينه فهي مرحلة الإتهام التي يصبح فيها المشتبه فيه متهماً^(٢٢) .

وشرعية التحريات تستند إلى المبدأ القائل بأن الصالح العام يجب أن يغلب على المصلحة الفردية ، وهذا يستوجب الحد من الحريات الشخصية بعض الشيء في سبيل تحقيق تلك النتيجة ، وإستغلال شخص ما لمسكنه وإساءة إستعماله له فيما يخالف القانون يدعو للتدخل في حريته الشخصية والحد منها هذا التدخل يجب أن يسبقه إجراء تحريات بشأن هذا الشخص للتأكد من إرتكابه بالفعل المخالف للقانون هذا الفعل يبدو في إحدى صور ثلاث :

- (أ) إما وقوع جريمة معينة .
- (ب) إما توافر إمارات ضد شخص معين على إرتكاب جريمة أو إشتراكه فيها .

(ج) أن تدل المظاهر على أن التفتيش سوف يكشف عن جريمة ، وبالطبع لابد للتحقق من توافر إحدى هذه الحالات أن يسبق ذلك تحقيق تجرية النيابة العامة أو اشربة أو إحدى الجهات الرسمية المختصة حتى يمكن إستصدار الإذن بالتفتيش معنى ذلك أن التحريات دائماً تسبق التفتيش .

والقضاء توافرت أحكامه على أنه يكفي الإستصدار الإذن وجود تحريات سابقة وأبحاث جديفة كشفت عن أن شخصاً معيناً أرتكب أو مازال يرتكب جريمة معينة سواء كان يحمل جسمها أو آثار لها معه أو في مكان يشغله أو يشغله آخرون أو كان قد تخلص من جميع آثارها .

وفي ذلك تقول محكمة النقض " يكفي لصحة إذن النيابة بالتفتيش أن يكون رجل الضبطية القضائية قد علم بتحرياته وإستدلالاته أن جريمة وقعت وإن هناك دلائل وأمارات قوية ضد من يطلب الإذن بتفتيش مسكنه فإذا كان طلب الإذن مبنياً على وقوع جريمة الترويج للمذهب الشيوعي الذي

من مقاصده قبل نظم الدولة بالعنف والقوة فإن النيابة تكون قد أخطأت في القانون^(٢٣) .

لنا كلمة أخيرة هي أن التفتيش يتميز بعنصر القهر بمعنى إنه يفرض لمن يباشره سلطة تنفيذ بالقوة الجبرية إذا لم يذعن المتهم لإجرائه أو يبتد منه مقاومة أثناء مباشرته أي يكون لمن يباشر إجراء أن يتخذ كل ما من شأنه أن يمكنه من القيام بمهمته ولو كان ذلك بطريق الإكراه أما التحريات فلا تتوافر فيها هذه الخصصة إذ هي على العكس يلزم أن تتم بطريق خفي وسري حتى لا يصل أمرها إلى علم الشخص الجاري التحري عنه ؛ وحسبنا أن التفتيش يثير عدة مشكلات أهمها في نظرنا " التحريات وحدودها وكفايتها " لإستصدار إذن النيابة بإجراء التفتيش فطالما دفع المتهمون أمام القضاء بعدم جدية التحريات وكفايتها ودقتها ، وإن كانت محكمتنا العليا قد إستقرت على أن تقدير جدية التحريات التي يقوم عليها إذن التفتيش متروك للنيابة تحت إشراف القضاء^(٢٤) ، وإن جدية التحريات موضوع مستقل في تقديره عن نيتها .

الاساس القانونى للتحريات :

هناك مصدران أساسيان نرد إليهما شرعية التحريات وأساس قانونيتها أحدهما مصدر مباشر وهو ما قصت به المادة ١٢١ ج " من قيام مأمور الضبط القضائى بالبحث عن الجرائم ومركبيها وجمع الاستدلالات التى تلزم للتحقيق فى الدعوى " وكذا ما قصت به المادة ١٢٤ ج من أن " يجب على مأمورى الضبط القضائى ومرؤوسيه أن يحصلوا على جميع الإيضاحات ويجبروا المعاینات اللازمة لتسهيل تحقيق الوقائع الى تبلغ إليهم أو التى يعلنون بها أى كيفية كانت " .

أما المصدر غير المباشر فنستطيع أن نستخلصه من القانون الصادر بشأن هيئة الشرطة فقد قصت المادة الثالثة من القرار بقانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧١ بأن تختص " هيئة الشرطة بالمحافظة على النظام والأمن العام وحماية الأرواح والأعراض والأموال وعلى الأخص منع الجرائم وضبطها كما تختص بكفالة الطمأنينة للمواطنين فى كافة المجالات

وبتنفيذ ما تفرضه عليها القوانين واللوائح من واجبات " .

ولا مراة أن تحقيق مثل هذه الأغراض سواء تلك الواردة فى قانوننا الإسرائى أو قانون هيئة الشرطة لا يمكن أن تتأتى إلا عن طريق التحريات أولاً ، ولما كان هذا الإجراء يتضمن - فى حقيقته - التعرض لحرمان الأفراد فإنه لا يجوز البتة أن يخرج عن القرض الذى شرع من أجله ، وبالتالى لا يجوز مباشرته إلا إذا كان القصد منه تحقيق إحدى النتائج المشار إليها فى النصوص حتى يستطيع بالقانونية والشرعية . وإلا كان إحدى وسائل التلصص على الأفراد والتجسس على الحرمان بدون أى مبرر أو سند من قانون ، وعلى ذلك لا يجوز إجراء تحريات عن علاقات شخصية أو أمور تتعلق بالسلوك الشخصى للناس أو بأسرارهم الخاصة إلا إذا كان الغرض من ذلك الكشف عن جريمة معينة .

هذا ويشترط جدية التحريات لنصود إذن النيابة بالتفتيش ، وقضى بأن " تقدير كفاية التحريات وجديتها متروك لسلطة التحقيق تحت إشراف محكمة الموضوع فمتى أقرتها عليه فإنه لا يجدى نفعه أن أمر التفتيش صدر بناءً على تحريات غير جدية (٢٨) ، وعلى ذلك فالتحريات الشرطية التى يؤسس عليها طلب الإذن بالتفتيش يرجع فى تقدير كفايتها وجديتها إلى سلطة التحقيق حين تصدر الإذن على أن تقرها فى ذلك محكمة الموضوع فإذا كان الحكم قد قال " إن تقدير الدلائل المؤدية إلى صحة الإتهام هو من حق مأمور الضبطية القضائية يرجع فيها إلى نفسه فإنه يكون قد أخطأ فى تفسير القانون مما يعيبه نقضه (٢٩) .

وعلى ذلك فإن تأصيل تلك الأمور تحتلزم منا التعرض للتحري وقيوده وجزاء مخالفة هذه القيود وكذا المعايير الموضوعية اللازمة لإعتبار التحريات إنها قد إكتسبت الجدية .

معيار جدية الاحريات - عناصر التحريات:

قلنا أن التحريات يلزم أن تكتسب بالكفاية والجدية لإمكان إستصدار الإذن بالتفتيش فما هو معيار جديتها ؟ وما هي تلك العناصر الموضوعية التي يلزم توافرها لإمكان وضعها بذلك ؟ نستطيع أن نجعل تلك العناصر في الأمور التالية :

١- تعيين الشخص أو الأشخاص المراد تفتيشهم .

٢- تعيين المكان الذي زاول فيه الشخص المطلوب تفتيش نشاطه .

٣- بيان الجريمة الجارية جمع الإستدلالات بشأنها .

٤- بيان مدى صلة الشخص المراد تفتيشه بالجريمة محل التحري أو بإشتراكه في ارتكابها .

٥- بيان ساعة وتاريخ تحرير محضر التحريات .

٦- بيان إسم من قام بالتحريات ووظيفته .

٧- إثبات مدى تأكيد القائم بالتحريات من صحة المعلومات

التي تمت إليه سواء علم بها من تلقاء نفسه أو من طريق آخر ما أسفرت عنه المراقبة من نتائج .

(أولاً : تعيين الشخص المراد تفتيشه :

يلزم أن تتضمن التحريات بادىء ذي بدء تعيين الشخص أو الأشخاص المراد إتخاذ الإجراء قبلهم تعييناً للجهازية ذلك لأن أول ما يتعين به الشخص هو أسمه بالطبع فضلاً عن وظيفته ومحل إقامته وهذا ما قضت به المادة ٣٨ من التقنين المدني إذ قالت " يكون لكل شخص إسم ولقب الشخص يلحق أولاده " فيتعين على رجل الشرطة إذن لإمكان إجراء التفتيش أن يتحرى إسم الشخص المراد تفتيشه (٢٧) .

وهنا تدق مسألتان : الأولى وهي الخطأ في إسم الشخص المراد تفتيشه والثانية إنصراف إذن التفتيش لأشخاص غير معينين بأسمائهم في الإذن .

(١) الخطأ في إسم الشخص المطلوب تفتيشه :

يدفع المتهم كثيراً أمام المحكمة بطلان التفتيش على

إعتباره وجود خطأ ما لحق بإسمه الثابت في إذن التفتيش ، وإشارة هذا الدفع يتم عادة في قالب عدم كفاية التحريات أو عدم جديتها ودقتها إلا أن محكمتنا العليا إستقرت على أن الخطأ في إسم الشخص الصادر به أمر التفتيش ليس من شأنه أن يبطل الإجراء متى كان الشخص الذي إتخذ في حقه هو بعينه المقصود (٢٨) ، وكانت شخصية محدودة تحديداً كائناً في الإذن عن طريق تعيين مسكنه المطلوب تفتيشه كما وإن صدور إذن التفتيش بإسم شخص أشتهر به في المحيط الذي يعمل فيه لا يقتض من صحته (٢٩) ، والرأى عنده أن تحديد إسم الشخص المراد تفتيشه في المحضر الخاص بتحريات الشرطة تعييناً دقيقاً أو ضروري ولازم .

وبذلك تتنفي مظنة الخطأ في تفتيش شخص غير الشخص الصادر الأمر بتفتيشه - لا سيما وإن هذا لا يكلف مأمور الضبط القضائي إلا جهداً يسيراً في تحري الدقة - وبالتالي يصبح التفتيش الذي يجري منأى عن كل شائبة قد تعرضه للبطلان .

ب) إنصرف إثنى التفتيش إلى أشخاص آخرين :

قد ينصرف الإذن بالتفتيش إلى تفتيش شخص أو أشخاص آخرين غير معينين بأسمائهم فيه كما لو صدر الأمر بتفتيش شخص معين ثم ذيل بتفتيش من عساه يتواجد معه أثناء التفتيش فما هو مدى صحة التفتيش الحاصل على شخص هؤلاء الآخرين .

لا راء أن التفتيش الحاصل في هذه الحالة يكون صحيحاً بالنسبة للأشخاص الآخرين على أساس مظنة اشتراكهم في ارتكاب الجريمة التي أذن من أجلها بالتفتيش وقضى بأن : إذا كانت النيابة بعد التحريات التي قدمها البوليس إليها قد أمرت بتفتيش شخص معين ومن قد يتفق وجودهم معه في وقت التفتيش على أساس مظنة اشتراكهم معه في الجريمة التي أذن بالتفتيش من أجلها فإن الإذن الصادر بالتفتيش بناء على ذلك يكون صحيحاً وبالتالي يكون التفتيش الواقع على الطاعن ومن كل يرافقه في

الطريق صحيحاً أيضاً دون حاجة لأن يكون المأذون بتفتيشه معه مسمى بأسمه أو يكون في حالة تلبس بالجريمة قبل تنفيذ الإذن وحصول التفتيش (٣٠) .

أما إذا كان إذن النيابة منصباً على ضبط شخص وتفتيشه وتفتيش مسكنه ومحل تجارته ومن يكون معه في أثناء الضبط والتفتيش وكان الثابت من الحكم إن زوجة هذا الشخص لم تكن معه وقت ضبطه وتفتيشه بل كانت وحدها في المحل الذي ضبطت هي فيه وفشتت ولم تكن كذلك في حالة من حالات التلبس بالجريمة التي تميز التصدي لها بالضبط والتفتيش فإن تفتيشها يكون باطلاً ويحطل تبعاً للدليل المستمد منه (٣١) .

وإذا كان مأمور الضبط القضائي قد إستصدر أذناً بتفتيش منازل عدة أشخاص إلا أنه قصر تنفيذه على أحدهم دون الآخرين الذي إشتعل الإذن على أسمائهم فإن ذلك لا يعيب الإجراءات ولا يظلم فيه (٣٢)

ثانياً تعيين المكان المطلوب تفتيشه :

هذا هو العنصر الثاني من العناصر الموضوعية للتحريات وهذا العنصر يوجب على مأمور الضبط أن يحدد في طلب الإذن بتفتيش المكان المراد تفتيشه تحديداً دقيقاً وواضحاً وإن كان الخطأ في تحديد المكان لا يؤدي إلى البطلان .

وفي ذلك تقول محكمتنا العليا " فمتى كان الحكم قد استظهر بأدلة سائغة أن الشخص الذي حصل تفتيشه في الواقع هو بذاته المقصود بأمر التفتيش فإن إغفال الرد على المأخذ الخاص بالخطأ في عنوان مسكنه لا يجده متى إطمأنت المحكمة إلى أنه هو بذاته الشخص المقصود من إصدار الإذن (٣٣) .

كما قضى بأن إستعانة الضابط بمن أرشده عن المنزل المطلوب تفتيشه لا تفيد بذاتها عدم جدية التحريات التي باشرها بنفسه أو من طريق أعوانه (٣٤) .

كما إستقر القضاء على أنه إذا كان المحل الذي صدر إذن

المحكمة قد أقرت النيابة على ما رآته من أن بلاغ الضابط كاف لإتصال المتهم بالجريمة واعتملت في الإدانة على ذلك كان إعتادها صحيحاً (٣٦) .

وقضى بأن " يكفى لصحة إذن التفتيش أن يكون رجل الضبطية القضائية قد علم بتحرياته وإستدلالاته أن جريمة وقعت وأن هناك دلائل وأمارات قوية ضد من يطلب الإذن بتفتيش مسكنه فإذا كان طلب الإذن مبنياً على وقوع جريمة الترويج للمذهب الشيوعي الذي من عناصره قلب نظام الدولة بالعنف والقوة فإن النيابة إذ أذنت بالتفتيش لا تكون قد أخطأت في القانون (٣٧) .

خامساً : إثبات ساعة وتاريخ تحرير محضر التحريات وتنفيذ الإذن بالتفتيش :

يجب مباشرة التفتيش خلال المدة المأذون بإجرائه خلالها لا بعد إنتقضائها والقاعدة هي عدم إحتمساب اليوم الصادر فيه الإذن وعلى هذا إستقر القضاء وقضى بأن القواعد العامة المقررة لحساب المواعيد في قانون المرافعات تقضى بأن

الإجراء وأقرتها على ذلك محكمة الموضوع فإن إذن التفتيش يكون قد صدر وفقاً لأحكام القانون (٣٨) .

والرأى عندي أن يكفى المسوغ الذي يخبر إستصدار الإذن بالضبط أو التفتيش أن تتركز لدى رجل الشرطة من مجرى التحريات العقيدة الكاملة بإرتكاب المتهم للجريمة التي يطلب الإذن بشأنها أو أن تكون التحريات قد إنتهت بوثوق من أن للمتهم نشاطاً إجرامياً معيناً بمعنى أن يكون قد وثق من أن الخطر في درجاته الدنيا مما يمكن أن يتحول فيما بعد إلى ضرر أو أن الخطر قد بدى فعلاً في صروة الضرر .

رابعاً : بيان الصلة بين الشخص المراد تفتيشه وبين الجريمة المرتكبة :

يلزم أيضاً لإعتبار التحريات من الجدية والدقة والكفاية يمكن أن تتضمن بيان مدى إتصال الشخص المراد تفتيشه أو تفتيش مسكنه بالجريمة التي تجمع الإستدلالات أو يجرى التحقيق بشأنها فإذا كانت

النيابة بتفتيشه غير ملوك للمتهم ولكنه تحت إدارته فلا يجوز التمسك محضر التفتيش بدعوى إن الإذن لم يذكر فيه سوى إسمه لا إسم المالك .

ثالثاً : بيان الجريمة الجارية جمع التحريات بشأنها :

يشترط أن يتضمن المحضر الخاص بتحريات الشرطة بياناً دقيقاً عن الجريمة الجارية جمع التحريات أو الإستدلالات أو التحقيق بشأنها فالتفتيش يتحدد بجريمة معينة بالذات ، وقد نصت المادة ١٥٠ ج على ذلك صراحة إذ قالت : " لا يجوز التفتيش إلا للبحث عن الأشياء الخاصة بالجريمة الجارية جمع الإستدلالات أو الحصول التحقيق بشأنها " .

وفي أحد القضايا دفع المتهم بطلان إذن التفتيش على إعتبار عدم وجود جريمة معينة نسبت إليه ، ولها من الأمارات ما يبيح التصدي لحريته الشخصية ولحرمة مسكنه ، وفي ذلك قالت محكمة النقض بأنه " متى كانت النيابة حين أصدرت الإذن بالتفتيش قد رأت أن تحريات البوليس كافية لتسويغ هذا

الخلاصة:

تلك أهم العناصر التي يجب توافرها عند ضبط محضر بتحريات الشرطة قبل تقديمه لسلطة التحقيق للإذن بالتفتيش وهنا فقط يمكن القول بكفايتها وجديتها لإستصدار هذا الإذن بحيث يكون صحيحاً في القانون لا مطعن عليه ينال منه أو يزعزع الثقة فيه ، وتنفيذ الأمر الصادر بتفتيش المتهم مقيد بعدم التعسف في إستعمال الحق أو تجاوز حدود السلطة من جانب مأمور الضبط القضائي حقيقة أن تنفيذ أمر التفتيش قد يقتضى الحد من حرية المتهم حتى ولو جاء خلواً من أمر صريح بالقبض أو إستعمال القوة - ولكن هذا مقيد بالقدر اللازم لإمكانية إجرائه ، وقضى في هذا المعنى بأن " إذا كان إذن النيابة في تفتيش متهم لا يحول - بحسب الأصل - القبض عليه إلا أنه إذا كان المتهم لم يذعن للتفتيش أو بدت منه مقاومة في أثناء ذلك كان لمن يباشر إجراءاته أن يتخذ كل ما من شأنه أن يمكنه من القيام بمهمته ولو كان ذلك بطريق الإكراه ^(٤٢) .

فالإذن الذي يصدر من النيابة بإجراء تفتيش محل المتهم لا يشترط أن يكون معيناً به من يقوم بإجراء التفتيش من رجال الضبط القضائي فيصح أن يتولى التفتيش أي واحد من هؤلاء ما لم يكن الإذن قد أختص أحداً معيناً بذلك - ولو كان غير الذي طلب الإذن له .

سابعاً : إثبات وثوق طالب الإذن من صحة التحريات وقيامه بالمراقبة :

لا مندوحة أن التحريات أمر ضروري ولازم قبل مباشرة القبض والتفتيش فتلقى رجل الشرطة بلاغاً عن جريمة ما لا يسوغ له القبض على الأشخاص أو تفتيشهم ^(٤٠) قبل التثبت من صحة نبأها وهذا بالطبع يحمل في معناه ضرورة إجراء تحريات بشأنها على حقيقتها ثم تسجيل ما أسفرت عنه التحريات وما أيدته المراقبة في محضر يعرض على النيابة للإذن بالتفتيش ، وسوف نزيد هذا الأمر إيضاحاً في الفصل المخصص للكلام عن المراقبة ^(٤١) .

لا يدخل في حساب المدة التي حددت في إذن التفتيش لإجرائه فيها اليوم الذي صدر فيه الإذن فإن إدخال هذا اليوم في الحساب يترتب عليه دائماً نقص في مقدارها ^(٣٨) .

وإنقضاء الأجل المحدد للتفتيش في الأمر الصادر به لا يترتب عليه البطلان فقط لا يصبح تنفيذ مقتضاه بعد ذلك إلى أن يجدد مفعوله هذا والإحالة عليه بصدد تجديد مفعوله جائزة ما دامت منصبة عليه ما لم يؤثر فيه إنقضاء الأجل المذكور ^(٣٩) .

سادساً : بيان إسم من قام بالتحريات ووظيفته :

إثبات إسم من قام بالتحريات ووظيفته أمر ضروري تبدو أهمية ذلك في مسألة الاختصاص المركزي أو الأقليمي . وقيام أي من رجال الضبط القضائي بتنفيذ إذن التفتيش - ما لم يكن قد عين فيه من يقوم بتنفيذه - لا يترتب عليه أي بطلان . كما لا يشترط أن يقوم بالتفتيش مأمور الضبط القائم بإجراء التحريات .

ومن ثم يجوز إستعمال الإكراه بالقدر اللازم لإجراء التفتيش وهذا بالطبع نخضع لرقابة محكمة الموضوع .

شرعية التحريات وحدودها من الناحية الشكلية :

عرضنا للعناصر الموضوعية " للتحريات " من قبل والأن نتناول التحريات وحدودها : وقيودها من الناحية الشكلية أى الحدود والشرعية التى يجب مراعاتها عند إجراء التحريات بحيث إذا روعيت تلك الحدود أنتجت التحريات آثارها بتفاعلها مع تلك العناصر الموضوعية ونأت عن كل بطلان وناهيك إن الحدود الشرعية للتحريات من الأهمية بمكان بحيث أن أى تجاوز لقيودها يعرضها للبطلان وبالتالي يمتد هذا البطلان إلى جميع الإجراءات التالية لها . إذ أن ما بنى على الباطل فهو باطل . وهذه الحدود هى شرعية الهدف وشرعية الوسيلة :

١ - شرعية الهدف :

لا شك إن أول حدود التحرى من الناحية الشكلية هو شرعية

الهدف بمعنى أن يجب أن يكون المبرر لإجراء التحريات فى حدود الاختصاصات والمكنات الشرطية التى منحها المشرع لهيئة الشرطة سواء تلك الواردة فى التشريع الإجرائى (م ٢١ ، ٢٤ ج) أو فى قانون هيئة الشرطة (م ٣ من القانون ١٠٩ لسنة ١٩٧١) أو فى أى تشريع آخر وفى دائرة الاختصاص الأقلوى للقائم بها مما نطلق عليه شرعية الاختصاص . خاصة وإن غالبية هذه النصوص التشريعية قد بينت وفصلت تلك المكنات الشرطية تفصيلاً كاملاً مما يتعين التقييد بقيودها . من ثم فلا محل لتجاوز رجل الضبط القضائى تلك الحدود القانونية . وإلا إنطوى هذا التجاوز على معنى الإعتداء على الحريات الشخصية ، ولا مراء أن مجاوزة الحدود القانونية للإختصاص أو السلطات تنطوى على بطلان يستوجب المستولية .

فشرعية الهدف توجب على مأمور الضبط القضائى ضرورة إنحصار إجراءات التحريات فى مجال أداء أحد الاختصاصات الوظيفية الموكولة له .

وفى سبيل ذلك يلتزم بالحفاظة على الأعراض والحرمات . فلا يكشف القناع عن الأسرار إلا بالقدر اللازم وفى الحدود التى تمكنه من أداء واجبه . حتى يضمن للأفراد سبل الإستقرار والأطمئنان تمكيناً لهم من التمتع بحريتهم الشخصية وحرمة مسكنهم التى كفلهما لهم الدستور والقانون بمعنى أن التحريات يجب أن تنأى عن إشباع الهوى أو الإنتقام أو التشفى أو التظاهر . يظهر صاحب السلطان ... إلخ .

فاستيقاف شخص ما لم يضع نفسه موضع الريبة أو الشك للتحشفى منه - يزعم إجراءات تحريات عنه وإقتياده بعد الإمساك به إلى مركز الشرطة غير جائز . لأن هذا العمل ينطوى فى الحقيقة على تعطيل لحرية الشخصية وبالتالي يهدر شرعية الهدف . وقضى بأن « إذا لم يكن سلوك الشخص كافياً لوضعه موضع الريبة أو لإعتباره فى حالة من حالات التلبس بالجريمة فلا يجوز استيقافه والأمساك به وإقتياده على هذه الحالة إلى مركز الشرطة لأن ذلك العمل ينطوى

على تعطيل حريته الشخصية فهو قبض بمعناه القانوني لا مبرر له ^(٤٥) .

جماع ما تقدم أن التحريات يشترط فيها لتوافر شرعية الهدف ألا يكون مبعثها الهوى أو الغرض ^(٤٦) ، وإلا كانت باطلة .

٢ - شرعية الإسيطة :

على مأمور الضبط القضائي مباشرة " للتحريات " إلا يتيح سلوكاً من شأنه التعرض لحرية الأفراد أو حرمة مساكنهم . فالمساس بهذه الحرمات أو الحريات غير جائز إلا في الأحوال التي أباحها المشرع . وعلى ذلك فالتصدي للأسرار الخاصة بدون موجب والقيام بإجراء تحريات تتصل بالعلاقات والروابط الشخصية أو تتناول السلوك الشخصي للأفراد أو تتعلق بأسرارهم الخاصة ^(٤٧) غير جائز لا سيما في الحالات التي يتوقف فيها تحريك الدعوى على شكوى أو إذن (م ١٣ ج) أو طلب (م ١٩ ج) . وهي غير جائزة أيضاً حتى ولو كان ذلك بناء على شكوى أو بلاغ إلا إذا اتصلت هذه

التحريات بتحقيق الأغراض التي تناولها المشرع بالنص .

وتقول محكمة النقض " أما التفتيش الذي يقوم به رجال الشرطة في أثناء البحث عن مرتكبى الجرائم وجمع الإستدلالات الموصلة للحقيقة ولا يقتضى إجراؤه التعرض لحرمة الأفراد أو المساكن فغير محظور ويصح الإستشهاد به كدليل في الدعوى فإذا وضع شخص نفسه موضع الريبة بقيادة سيارة بسرعة ينجم عنها الخطر ليلاً داخل حدود المدينة فإن من حق ضابط الشرطة أن يستوقفه ليتحقق من شخصيته ومقصده ولا يعتبر ذلك إلا ضرباً من التحريات : ^(٤٨)

وإرتداء المتهم الزى المألوف لرجال الشرطة السريين وحمله صفارة تشبه النوع الذي يستعمله رجالها وإظهاره جراب طبنجة من جيب جلبابه هو عمل يتنافى مع طبائع الأشياء ويدعو إلى الريبة والشك فمن حق رجال الشرطة أن يستوقفوه ويقنطدوه إلى المركز لإستيضاحه والتحرى من أمره ولا يعد ذلك قبضاً ^(٤٩) .

ويستوى أن يكون الشخص المتهم قد وضع نفسه بأختياره موضع الشبهات والريبة سواء أكان ذلك بأقوال أم بأفعال صدرت منه مادام أن الحال يستلزم التدخل للكشف عن حقيقة أمره في الحالتين ^(٥٠) .

ولأمور الضبط القضائي في سبيل إجراء التحريات التخفي أو أنتحال الصفات التي تدبر عنهم إشتباه الجناة في أمرهم لدخول ذلك وأمثاله في نطاق المشروع من حيث الوسائل التي لم يضع الشارع على سلوكها قيوداً ومادام أن إرادة الجاني تبقى حرة غير معدومة ^(٥١) .

يضاف إلى ما تقدم أن مأمور الضبط القضائي حال قيامه بإجراء التحريات يجب عليه مراعاة حدود الآداب فلا يجوز له أن يتعدى مقتضيات حسن الأخلاق في سبيل كشف الحقائق . فالمشرع لم يجرز إتخاذ أية وسيلة منافية للآداب أو للقانون من أجل أماطة اللثام عن الجرائم ومركبيها .

وعلى ذلك فلا يجوز لمأمور الضبط حال إجراء التحريات أن يختلس النظرات من ثقب باب

لما في هذا من مساس بحرمة المساكن والمنافاة للأدب أو اقتحام المسكن بحجة إجراء التحريات لما فيه من اعتداء على ممكن السر . فإذا كان الظاهر مما ذكره الحكم أن مشاهدة الخفير للمتهمين وهم يتعاطون الأفيون بواسطة الحقن كانت من ثقب الباب وأن أحد الشهود إحتال عليهم لفتح الغرفة التي كانوا فيها على هذه الحالة ثم أقتحمها الخفير وضبط المتهمين وفتشهم فعثر معهم على المخدر ليكون القبض والتفتيش باطلين^(٥٢) أما إذا إنشئ قصد التجسس لدى مأمور الضبط عند النظر خلال ثقب الباب فإن ذلك لا يعتبر مخالفة للأدب .

وقضى بأن " إذا كان الثابت من الحكم أن المكان الذي حصل فيه التفتيش لم يكن مسكناً للمتهم بل هو المحل المخصص لعمل القهوة بديوان البوليس وأن الشرطي الذي نظر خلال ثقب بابه لم يكن يقصد التجسس على من به إذ لم يكن يعرف أن المتهم مختبئ فيه بل كان يستطلع سبب الضوء المتبعث منه ف رأى المتهم

مشتغلاً بعد كورونات الكبروسين المصروفة فإن حالة التلبس تكون قائمة والتفتيش صحيحاً " (٥٣) .

ومن غير الجائز أيضاً تجرّيز مأمور الضبط لشخص ما ودفعه لمباشرة الفحشاء في منزل مشبوه بقصد التحقيق من إداراته للبقاء . وغنى عن البيان أنه لا تشريب على مأموري الضبط القضائي فيما يقومون به من التحري عن الجرائم بقصد إكتشافها ما دام لم يقع منهم تجرّيز على إرتكابها إذ لهم أن يتخذوا شتى الوسائل للكشف عن الجرائم ما دامت هذه الوسائل مشروعة وأخيراً لا يغوتنا أن نشير أن " التحريات " لها أهمية كبرى في المجال الإداري للعمل الشرطي بإعتبارها إحدى إجراءات الشرطة الإدارية التي تستهدف الكشف عن الحقيقة في سبيل تحقيق أغراضها الإدارية فالتحريات تمهد لصدر قرارات إدارية كما هو الشأن في حالة الإعتقال الإداري وإبعاد الأجانب ومنع دخول وخروج الأجانب ومنع التراخيص بحمل وإحراز

السلاح أو سعيهما وتأديب الموظفين (قانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣) إلى غير ذلك من الأمور .

جماع ما تقدم أن التحريات تبدو أهميتها من حيث كونها عاملاً هادفاً على جميع الأدلة والإستدلالات الموكول أمرها لمأمور الضبط القضائي .

حجية التحريات

حجية التحريات تعنى مدى إمكانية الاعتماد عليها في مباشرة سائر الإجراءات التي تسمى حرية الشخص أو حرية مسكنه أو في إصدار قرارات إدارية شرطية بمنع أو منح ترخيص معين لأحد الناس .

فالتحريات بإعتبارها إجراء من إجراءات الضبطية الإدارية ترتب في كثير من الأحوال آثار بعيدة تمس حقوق الجمهور خاصة إذا كان المشرع قد رخص لجهات الشرطة بحرية التقدير في إستخلاص أسباب القرار وترتيب الآثار عليه أي في حالة ما إذا كانت الشرطة - إزاء ما تسفر عنه التحريات - وهي بصدد إتخاذ قرارها تتمتع بسلطة تقديرية واسعة وفي ذات الوقت

لم ىمنح المشرع للمضرور حق الإلتجاء إلى القضاء الإدارى طالبا الإلفاء .

ولا مراء أن التحريات فى تلك الحالة تكون بمثابة تحقيق غير منظور وتحمى فى طياتها أخطر وأدق القرائن - إذ على أساسها يتم إصدار القرار بالمنع أو المنع - ولذلك فإن المشرع أجاز الطعن فيها فللقضاء الإدارى كفاءة عامة حق الرقابة عليها حتى فى بواعثها وأسباب صدورها فله أن يبحث سبب القرار ومدى توافر الحالة الواقعية أو القانونية التى تبرر إصداره ، وعلى ذلك يشترط لصحة القرار أن يكون سببه حقيقيا لا وهميا أو سوريا ومستخلصا إستخلاصا سائفا من أصول ثابتة تنتجها وإلا فقد القرار مقومات وجوده ومبررات إصداره وكان باطلا^(٥٦) ، وتقول محكمتنا الإدارية العليا " إن الترخيص أو عدم الترخيص فى حمل السلاح وكذا سحب أو عدم سحب السلاح المرخص هى جميعها من الملاءمات المشتركة لتقدير الإدارة وتترخص فى ذلك حسبما تراه متفقا مع صالح

الأمن العام بناء على ما تظمن هى إليه من الإعتبارات التى تراها والبيانات والمعلومات التى تتجمع لديها من المصادر المختلفة ، وقد تكون هذه المصادر سرية ترى الإدارة لصالح الأمن عدم الكشف عنها ، وتقدير الإدارة فى هذا كله لا معقب عليه ما دام مطابقا للقانون من إساءة إستعمال السلطة ، ومتى بان للمحكمة من تقرير المباحث الجنائية بوزارة الداخلية أن التحريات دلت على رعونة المجنى عليه وأنه فى حمله السلاح ما قد يعرض الأمن للخطر فإن طلب وقف التنفيذ يكون غير مستند إلى أسباب جديفة موضوعا^(٥٥) .

وعلى ذلك فالتحريات بإعتبارها إجراء أو تدبيرا من بين إجراءات الضبط الإدارى يلزم أن تكتسب بالجديفة فضلا عن ضرورة مطابقتها للقانون وخلوها من إساءة إستعمال السلطة وبذلك تنتج إثارها المترتبة عليها وتكون لها الحجة الكاملة والمشروعية اللازمة لتأكيد صحة القرار الصادر بناء على ما أسفرت عنه فإذا كانت

سلطات الأمن حين أصدرت قرارها بمنع إحدى المصرات من السفر قد أصدرته على أسباب صحيحة وقدرت كل الظروف المحيطة بها وأحسنن التقدير فلا تشريب عليها فيما ثبت عليها - وإتخذته أساسا لمنعها من السفر - من أن سفر هذه المواطنة سيؤدى بها إلى سلوك طرق غير كريمة للإرتزاق إذ ليس لها من فنها ما يساعدها على العيش فى الخارج^(٥٦) .

ولأ مراء إن قرار المنع هنا مبعثة التحريات ، وعلى ذلك فطالما إنطبقت التحريات بالجديفة كانت أساسا حصينا من الإلفاء .

وفى هذا الشأن نقول إنه يشترط لصحة التحريات أن تكون جديفة ومأصلة غير سطحية ومتصفة بالعمق والتسروى والحيدة والدقة ولا تنبىء إلا عن الواقع من الأمور ومتحصلة من أمور تسوغها حتى لا يلحقها عيب إساءة إستعمال السلطة .

أما التحريات بإعتبارها إحدى إجراءات الضبط القضائى فقد إستقر القضاء على إعتبارها

من عناصر الإثبات في المواد الجنائية وبالتالي يجوز الاستشهاد بها كدليل^(٥٧).

ومرجع ذلك أن التحريات تعمل عملها لا سيما في توجيه إجراءات جمع الاستدلالات وتقوية الأدلة والقرائن بإعتبار كل منها عاملاً وسنداً هاماً في إثبات مدى ضعة نسبة الجريمة وبالتالي في إستصدار إذن النيابة بالقبض والتفتيش ، وقضى بأن " متى كانت النيابة حين أصدرت الإذن بالتفتيش قد رأت أن تحريات البوليس كافية لتسويغ هذا الإجراء وأقرتها على ذلك محكمة الموضوع فإن إذن التفتيش يكون قد صدر وفقاً لأحكام القانون^(٥٨) .

ومع ذلك فقد إتجهت بعض الأحكام إلى أنه ليس هنالك ما يمنع حكمة الموضوع من أن تجزئ التحريات كلها أن تقتنع بما جاء في جزء ولا تقتنع بما جاء في جزء آخر ما دامت تبني رأيها على إعتبارات سائفة^(٥٩).

خلاصة ما تقدم إن التحريات لا يقتصر أثرها على أعمال الضبط القضائي بل يمتد ذلك

الأثر أيضاً إلى نطاق الضبط الإداري .

الخلاصة

قصارى القول أن في الإمكان التمهيد بالقواعد الآتية في مجال التحريات:

١- إن التحريات التي يتولاها مأمور الضبط القضائي ومرؤوسيه لا يجوز أن تتعدى الاختصاصات التي فرضها لهم القانون وهي البحث عن الجرائم ومركبيها وضبطها وجمع الاستدلالات عنها والمحافظة على النظام والأمن العام وتنفيذ القوانين واللوائح فلا يجوز إنتهاك حرمان الناس وأسرارهم الخاصة .

٢- على مأموري الضبط القضائي ومرؤوسيهم وهم يباشرون جمع التحريات والإستدلالات في أثناء كشف الجرائم والبحث عن مركبيها تجنب التعرض لحرمة الأفراد وحرمة مساكنهم إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون (٤٦: ٤٧: ٤٨: ١ ج) - وقضت محكمةتنا العليا بأن " التفتيش كما هو معروف في

القانون هو ذلك الإجراء الذي رخص الشارع فيه التعرض لحرمة الشخص وحرمة مسكنه بسبب جنائية أو جنحة وقعت أو ترجح وقوعها منه ، وذلك تغليباً للمصلحة العامة على مصالح الأفراد الخاصة لإحتمال الوصول إلى دليل مادي يقيد في كشف الحقيقة وهذا التفتيش الذي يجرمه القانون على رجال الضبط القضائي فيما عدا أحوال التلبس بالجريمة والأحوال الأخرى التي تساعد الشرطة في أثناء البحث عن مرتكبي الجرائم وجمع الإستدلالات الموصلة للحقيقة ولا يقضى إجرأؤه التعرض لحرمة الأفراد أو حرمة المسكن فغير محظور ويصبح الإستشهاد به كدليل في الدعوى^(٦٠).

٣- لمأموري الضبط القضائي ومرؤوسيهم في سبيل وكشف الحقائق التخفي التحري وكشف الحقائق التخفي والتفكر وإنتحال الصفات التي تدرأ عنهم إشتباه الجناة في أمرهم ما دام إن إرادة الجاني تبقى حرة غير مقيدة وبشرط عدم الخروج عن مقتضى الآداب وحسن الأخلاق فلا يجوز لرجال الضبط

المواطنين لا يجوز أن تظل مهتدة ببيانات غير مؤكدة محفوظة لهم فى سجلات الشرطة عن أسرار الناس إلا فيما قضت به القوانين^(٩٤).

نقترح ضمناً لحسن استخدام الشرطة لسلطة التحرى مع " أندروز " الأستاذ بجامعة " ويلز " بإيجلترا إيجاد جهاز محايد للنظر فى الشكاوى من تصرفات رجال الشرطة إذ ذكر أنه من بين ٢٢٠ شكاوى قدمت ضد شرطة برمنجهام سنة ١٩٦٥ ثبت عدم صحة ٢٠٠ منها .

وإن من الأوفق والأسهل أن يترك البيت فى الشكاوى من الشرطة إلى جهاز مستقل بدلا من أن يترك ذلك إلى مدير الأمن نفسه حيث يؤدى ذلك إلى إقتناع الجمهور بأن الشرطة تلتزم بالنظام والقانون ويمكن تكوين هذا الجهاز من بعض رجال الشرطة مع طعيمه ببعض القضاة المتربين ، وقد يقال أنه يكون من الصعب على أعضاء مثل هذا الجهاز وزن وتقدير الصعوبات التى تصادف ضابط الشرطة ، ويرد على ذلك بأن الجهاز الذى سيتم إختيار أعضائه وفقاً لقواعد دقيقة من بين ذوى الخبرة لن ينقصه الفهم السليم^(٩٥).

ما يرتاح إليها دليلاً لحكمه ويستبعد مالا يطمئن إليه ويقتنع وجدانه به فإذا لم يقتنع القاضى بتحريات مأمو الضبط القضائى فله أن يستبعدا أما إذا إقتنع بها وإطمأن إليها فله أن يستند إليها فى حكمة بالإدانة كقرينة تكميلية تعزز ما لديه من أدلة أخرى وقضى بأن " يجوز أن تعمل المحكمة فى قضائها على تحريات مجهولة المصدر وأن نعتبرها معززة لما لديها من أدلة الدعوى^(٩٦) .

٥- عدم إفصاح الضابط عن مصدر تحرياته لا تأثير له على جدية أو عدم جدية هذه التحريات إذ أن تقدير التحريات وكفايتها لإصدار الأمر بالتفتيش من المسائل الموضوعية التى يترك الأمر فيها إلى سلطة التحقيق تحت رقابة محكمة الموضوع^(٩٧).

كلمة أخيرة: (إينا الشخصى:

يجب على مأمورى الضبط القضائى ومرؤوسيههم عدم الإفشاء بأسرار التحريات التى جمعوها ولا يجوز أن تبقى فى سجلات الشرطة بيانات ليست مؤكدة وذلك لأن سمعات

القضائى إثبات حالة التلبس بالتجسس بالنظر من خلال ثوب أبواب المساكن وقضى بأن " والقانون لم يضع على حرية مأمورى الضبط القضائى أية قيود فى سلوك السبل المؤدية إلى ضبط الجرائم وجمع التحريات اللهم إلا مراعاة حريات الأشخاص ومساكنهم وعدم المساس بالنظام العام وحسن الأداب^(٩٨) .

٤- لمأمورى الضبط القضائى الاستعانة أثناء إجراء تحرياته بالمرشدين إذ المرشد هو المصدر الذى يغذى أجهزة البحث بالمعلومات التى تؤدى إلى الكشف عن الجرائم ومرتكبيها وللضابط ألا يفصح للمحكمة عن شخصية مرشده السرى أو مصدر تحرياته إذا رأى أن صالح الأمن العام يقتضى ذلك ولا يضير العدالة عدم إفصاح مأمورى الضبطية القضائية عن مصدر تحرياتهم طالما إن العبرة فى المحاكمات الجنائية هى بإقتناع القاضى وإطمئنانه إلى الأدلة المقدمة إليه ولا يصح مطالبة قاضى الموضوع بالأخذ بدليل معين فقد جعل القانون من سلطته أن يزيد قوة الإثبات وأن يأخذ من أى بيعة أو قرينة

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١١) إذا كان التشريع الإجرائي قد أغفل تنظيم التبرعات فإن قرار وزير الداخلية الصادر في ٢٣ يناير سنة ١٩٥٩ بكتاب نظام الشرطة قد أغفل مثل هذا التنظيم أيضاً وكذلك ملحقه الخاص به والصادر سنة ١٩٦٣ .

(٢) طعن رقم ١١٨٣ س ٤٢ ق نقض ١٩٧٣/١/١ مع أحكام النقض س ٢٤ رقم ٧ س ٢٧ - ولا يعيب الإجراءات أن تبقى شخصية المرشد غير معروفة وإن لا يفسح عنها رجل الضبط القضائي الذي إختاره لمعاونته في مهمته ولا محل للإستناد إلى عدم إفصاح الضابط عن مصدر تبرعاته في القول بعدم جدية التبرعات .

- في مزيد من التفاصيل راجع : دكتور / قدرى عبد الفتاح الشهاري " الموسوعة الشرطة القانونية " ص ٦٢٨ وما بعدها -- الناشر : عالم الكتب .

(٣) القضية ١٩٧٢ جلسة ١٩٥٦/١١/٢٧ س ٩ ق ٦٤ قاسمة ٤٠٠ مع قضاء إداري .

(٤) نقض ١٩٤٣/١١/١٥ طعن ٢٠٨١ س ١٣ ق مع ٨٠٧ قاسمة ١٠٠ .

(٥) نقض ١٩٥١/١٢/٤ طعن ٤٤٥ س ٢١ ق مع ٨٠٣ قاسمة ١١ .

(٦) نقض ١٩٦٠/٦/١٤ س ١١ ق مع ١١ قاسمة ١١ .

(٧) نقض ١٩٩٧/٥/٢٦ طعن ٤٨٤ س ٢٢ ق مع أحكام النقض - المكتب الفني في ٢٥ عاماً بند ١٨ س ٨٠٣ :

(٨) نقض ١٩٥٩/١٢/١ مع ١٠ ق مع ٣ س ٩٧٠ :

(٩) نقض ١٩٤٩/١/٢٤ مع ٢٥ عاماً بند ٣٦ س ٣٩٦ نقض ١٩٤٧/١١/٢ مع ٢٥ عاماً ج ١ بند ٣٤ س ٣٩٥ .

(١٠) الأوامر العمومية لديرية أمن القاهرة في ٣١ من ديسمبر س ١٩٧٢ أمر رقم ٥٢ بند ١٧٨٥ وقد قضى بضرورة إسناد تحرير معاضر التحري والإشتباه للسادة الضباط دون غيرهم ، ومنع تكليف ضباط الصف بهذا العمل حماية لحريات الناس ، ولما يتطلبه هذا العمل من الفحص الدقيق والتصرف الحكيم .

(١١) راجع س ٣١ ، ٣٦ وما بعدها من البحث الذي تم بإكاديمية الشرطة " قسم التدريب " وكان هذا القسم قبل صدور القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٧٥ بإنشاء أكاديمية الشرطة يحمل إسم " معهد تدريب ضباط الشرطة " .

(١٢) نقض ١٩٦٠ / ١ / ٤ مع أحكام النقض س ١١ ق ١ س ٧ .

(١٣) نقض ١٩٦٠ / ١ / ٣ مع أحكام النقض س ١١ ق ٣ س ٦٥٢ ، نقض ١٩٤٧ / ١١ / ٢ مع أحكام النقض في ٢٥ عاماً ج ١ بند ٣٤ س ٣٩٥ .

(١٤) نقض ١٩٥٨ / ١٢ / ١٣ مع أحكام النقض س ١ ق بند ١٢٠ س ٩٩٩ .

(١٥) نقض ١٩٦١ / ١٠ / ٣ مع أحكام النقض س ١٢ ق ٣ س ٨٦٥ .

(١٦) نقض ١٩٦٠ / ١ / ٤ مع أحكام النقض س ١١ ق ١ س ٧ .

(١٧) نقض ١٩٤٣/١١/١٥ مع أحكام النقض في ٢٥ عاماً ج ٢

س ٨٠٢ بند ١٠٠ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١٨) نقض ١١/١٥/١٩٦١ من ق مع ع ٤ ص ٩٧٦ .

(١٩) نقض ٢/١٢/١٩٦٢ من ١٣ ق مع ع ١ ص ١٢٩ .

(٢٠) نقض ١/٢٣/١٩٣٩ طعن ٨٨ من ٩ ق مع ص ٨٠٢ بند ٩ . نقض ١/٥٩/١٩٥٩ من ١٠ ق مع ع ١ .

(٢١) نقض ٦/١٣/١٩٦٠ من ١١ ق مع ع ٢ ص ٥٤٨ .

(٢٢) نقض ١٢/١٣/١٩٦١ من ١٢ ق مع ع ٣ بند ١٢ ص ٩٩٢ .

(٢٣) نقض ١٢/٢٠/١٩٣٧ مع أحكام النقض في ٢٥ عاماً بند ١١ ص ٩٢٨٧ .

(٢٤) " أيار " قانون الإجراءات الجنائية ج ١ ص ٣٤ وأرجع تعليقاته على المادة ٥٥ ج. ج. هندي في مؤلفه .

(٢٥) نقض ١٦/٤/١٥٩١ طعن ١٨٢٧ من ٣٠ قاعدة ٣٤ ص ٣٩٥ ، نقض ٢/٨/١٩٥٥ طعن ٢٤٠٧ من ٢٤ ق مع قاعدة ٣٩ ص ٣٩٦ .

(٢٦) نقض ١/٢١/١٩٥٧ طعن ١٣٧٨ من ١٣ ق مع ع ١١٥ ص ٥٢ .

(٢٧) نقض ١/١٠/١٩٥٥ طعن ٦٠ من ٢٤ ق مع قاعدة ٤٩ ص ٣٩٧ .

(٢٨) نقض ١٠/١٠/١٩٥٢ طعن ٤٧٤ من ٢٢ ق مع ص ٣ ق ٣ ص ١٩٧ ، نقض ٦/٣/١٩٦٣ مع ع ٢ قاعدة ٩٤ ص ٤٨٠ نقض ٢٨/١٠/١٩٦٣ مع ع ٣ قاعدة ١٢٧ ص ٧٠٠ ، نقض ٢٨/٧/١٩٦٣ مع ص ١٤ ق ٣ ص ٧١٥ قاعدة ١٢٩ .

(٢٩) د. عبد الكريم درويش " التحقيق والبحث الجنائي " ص ٣٨ طبع ١٩٥٥ .

(٣٠) نقض ١/١٩/١٩٥٥ طعن ٢١٧١ من ٢٤ ق مع ص ٢٤٦ ص ٤٥٦ .

(٣١) نقض ١٦/٦/١٩٥٨ طعن ٦٥٨ من ٢٨ ق مع ص ٩ ص ٦٧٢ ، نقض ٢٩/٣/١٩٧١ مع ص ٢٢ ق قاعدة رقم ٧٩ ص ٣٤٥ إذ قضى " وإذا كان من المقرر إن عدم ذكر بيان دقيق عن اسم الشخص في الأمر الصادر بتفتيشه لا يثبت عليه بطلانه إذا أثبت إن الشخص الذي حصل تفتيشه في الواقع هو بطلانه المقصود بأمر التفتيش .

(٣٢) نقض ١/١٥/١٩٥٢ طعن ٥٥٦ من ٢١ ق .

(٣٣) نقض ١٣/٥/١٩٥٢ طعن ١٧٧ من ٢٢ ق مع قاعدة ١١٠ ص ٤٠٥ .

(٣٤) نقض ٧/٦/١٩٥٤ طعن ٦٠٦ من ٢٤ ق مع قاعدة ١١٣ .

(٣٥) نقض ٧/١٠/١٩٥٧ طعن ٥٠٧ من ٢٧ ق مع ص ٨ ص ٨٤ قاعدة ١ .

(٣٦) نقض ٤/٣/١٩٥٨ طعن ١٧٠٨ من ٢٧ ق مع ص ٢٩ ص ٢٣٤ ع ١ ، نقض ٢١/١٢/١٩٥٧ طعن ١٣٧٨ من ٣٦ ق مع ص ٨ ص ٥٢ قاعدة ١ .

(٣٧) نقض ٣١/١٢/١٩٥١ طعن ١٤٥٢ من ٢١ ق مع ص ٣ ق ٢ ص ٢٥٣ قاعدة .

(٣٨) نقض ٢٢/٢/١٩٥٤ طعن ٤ من ٢٤ ق مع ص ٥ ص ٣٥٨ .

(٣٩) نقض ١٩/٤/١٩٥١ مشار إليه بهامش ٥٦٩ من هذا المؤلف .

(٤٠) نقض ٢١/٥/١٩٤٣ طعن ١٣٨٧ من ٣ ق ص ٣٩٤ ق ٢١ .

(٤١) نقض ٢٤/٢/١٩٤٧ طعن ٩٢٦ من ١٧ ق ص ٢٩٣ ق ٢٣ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(٤٢) نقض ١٩٣٧/١٢/٢٠ مع لى ٢٥ عاماً بند ١١ ص ٩٢٨ .

(٤٣) راجع بند ٢٩٣ وما بعده ص ٦٥ وما بعدها من تلك الموسوعة .

(٤٤) نقض ١٩٤٨/١٠/١١ ص ١٨٠ مع قاعدة ٩٧ ص ٤٠٣ .

(٤٥) نقض ١٩٥٩/١/٢٠ مع س ١٠ ق ١ ص ٦٠ .

(٤٦) القضية ١٦٧٣ س ٩ ق ١ في ١٩٥٦/١١/٢٧ مع س ١١ ق قاعدة ٤٠ نقضاً إدارى .

(٤٧) نقض ١٩٦٥/١٠/١٧ مع س ١١ ق ٢ ص ٦٨٣ .

(٤٨) نقض ١٩٥٩/١٠/٦ مع س ١٠ ق ٢ ص ٧٦٧ .

(٤٩) نقض ١٩٥٩/١٠/١٢ مع س ١٠ ق ٣ ص ٢٧٢ .

(٥٠) نقض ١٩٥٩/١١/١٧ مع س ١٠ ق ٣ ص ٨٨٨ .

(٥١) نقض ١٩٥٩/١٢/١١ مع س ١٠ ق ٣ ص ٩٧٠ .

(٥٢) نقض ١٩٤١/٦/١٦ طعن ١٦٢٥ مع لى ٢٥ عاماً ج ١ ص ٤٤٤ بند ١١٠ .

(٥٣) نقض ١٩٤٤/٤/٢٨ طعن ٤٧٦ مع لى ٢٥ عاماً ج ١ ص ٤٣٣ بند ٣٥ .

(٥٤) المحكمة الإدارية في ١٩٥٧/٤/١٣ مع إدارة عليا س ٧ ق بند ٩٣ ص ٨٨٦ .

(٥٥) المحكمة الإدارية في ١٩٥٨/١٢/١٣ مع إدارة عليا س ١ ق بند ١٢٠ ص ٩٩٩ .

(٥٦) محكمة القضاء الإدارى في ١٩٥٦/١٢/١١ القضية رقم ٨٨١ س ١٠ ق مع قضاء إدارى ص ٨٢ ق ٥٤ ص ١١ .

(٥٧) نقض ١٩٤٣/١١/١٥ مع أحكام النقض في ٢٥ عاماً ج ٢ ص ٨٠٢ بند ١ نقض ١٩٦٠/١٠/١٧ مع س ١١ ق ٩٩٢ .

(٥٨) نقض ١٩٥٦/١١/٢١ طعن ١٤٥٢ س ٢١ ق مع لى ٢٥ عاماً ص ٣٩٧ بند ٤٦ .

(٥٩) نقض ١٩٦١/١٢/١٩ مع س ١٢ ق ٣ ص ٩٩٢ .

(٦٠) نقض ١٩٦٠/٧/١٠ مع أحكام النقض س ١١ ص ٦٨٣ .

(٦١) نقض ١٩٥٩/١٢/١ مع أحكام النقض س ١٠ ص ٩٧ .

(٦٢) نقض ١٩٦٠/١٠/٣ مع أحكام النقض س ١١ ص ٦٥٢ .

(٦٣) ١٩٦٣/٣/٢٥ مع أحكام النقض س ٢٤ رقم ٨١ ص ٣٨٤ .

(٦٤) د. نيازى حناش " تحريات الشرطة " مجلة الأمن العام ٢٦ ص ٣ .

(٦٥) إختتم (أندروز) إقتراحه بأنه يجب الإعتراف بأنه بدون هذا الفهم السليم تكون النتيجة تحطيم الروح المعنوية للشرطة .

الإثبات الجنائي

ومدى حرية القاضي في تكوين
عقيدته

خطة البحث

المقدمة ، نبذة عن الإثبات
وطرقه وأهميته .

المطلب الأول ، أدلة الإثبات

الفصل الأول : في الإقرار
وشروطه وتقديره وعدم تجاوز
واستجواب المتهم أمام
المحكمة .

الفصل الثاني : شهادة
الشهود واختيار الشهود
وإعلانهم وكيفية أداء الشهادة

الفصل الثالث : تدب الخبراء
وتقدير رأي الخبير وأثر رفض
طلب تدب الخبير .

الفصل الرابع : في المحررات
والأوراق ذات الحجية الخاصة
ودعوى التزوير الفرعية وإثبات
التزوير .

الفصل الخامس : القرائن .

أ- القرائن القانونية .

ب - القرائن الموضوعية .

الفصل السادس : الأدلة

الأخرى (المعاينة وخلاتها) .

المطلب الثالث ، حرية القاضي
في تكوين عقيدته وقيودها .

الفصل الأول : الإقتناع
اليقيني بأدلة صحيحة طرحت
للمناقشة .

الفصل الثاني : الأدلة في
الزنا .

أولاً : التلبس بالجريمة .

ثانياً : الإقرار .

ثالثاً : المكاتب والأوراق .

الفصل الثالث : الأدلة في
المسائل غير الجنائية .

الخطبة : إن الإقتناع بشبوت

التهمة يجب أن يكون مبنياً

على اليقين لا على الحدس

والتخمين ، فإن كان هناك شك

المقدمة

من المشكلات الهامة التي
تقابل كل مشتغل بالقانون
جالساً على منصة القضاء أو
مدافعاً عن صاحب حق مشكلة
الإثبات ، فطالما ضاع الحق
لمجرد العجز عن إقامة الدليل
عليه ^(١) وتطرح الدعوى الجنائية
على القضاء إما بعد جمع
الإستدلالات عنها وإما بعد
تحقيقها بمعرفة إحدى سلطات
التحقيق ، وإما بعد تمام الأمرين
معاً ، والأمران ما هما سوى
مرحلة أولية من مراحل الإثبات
في المواد الجنائية لا تعرف
المواد المدنية لها مقابلاً للفرق
بين كل من الدعوتين في
طبيعتها وموضوعها .

وقد أوجب القانون علاوة
على ذلك أن تعود المحكمة

الجنائية من جديد إلى تحقيق الأدلة المطروحة عليها بنفسها حتى تتمكن من تحصيلها جيداً ، ومن تغليب وجوه النظر فيها على كافة الاحتمالات ، وفى النهاية من تكوين عقيدتها فى ضوء ما يستريح إليه وجدانها منها سواء أكانت منجردة إستدلالات أم أدلة يكشف عنها التحقيق الابتدائى أو النهائية فإما إقتناع بثبوت التهمة بنى على اليقين لا الحس والتخمين ، وإما إقتناع ببرائة المتهم - أو بالأقل بوجود شك فى أدلة إتهامه وما عليها حينئذ سوى إن تطلق ساحته وخيراً أن يبرئ المسئى من أن يدان البرئ خطأ أو تسرعاً ، وعلى هذا سنبعث أمرين :

أولهما : إستعراض أدلة الرثبات المختلفة وبيان حكم القانون فى كل منها .

ثانيهما : الكلام عن المبدأ الرئيسى الهام الذى يسود الشرائع الحديثة جميعها ألا وهو مبدأ حرية القاضى فى تكوين إقتناعه أو ما يسمى مبدأ إقتناعه الدليل والقيود الواردة عليه .

والله ولى التوفيق .

" محمد ناجى "

المطلب الأول

أدلة الإثبات

يختلف دور القاضى الجنائى عند نظر الدعوى عن دور القاضى المدنى فبينما دور الثانى سلبى يمت يقتصر على الموازنة بين الأدلة المقدمة من الخصوم إذ دور الأول إيجابى يقتضى منه أن يبحث عن الحقيقة بكافة الطرق القانونية فله ولو من تلقاء نفسه أن يأمر بتقديم أى دليل يراه لازماً لظهور الحقيقة (م ٢٩١ إجراءات) .

وقاضى الموضوع وإن كان مطالباً بإعادة تحقيق الدعوى من جديد إلا أن ذلك يكون بالنسبة للأدلة التى يجد أن هناك أية جدوى من إعادة تحقيقها دون تلك التى لا جدوى منها مثل إعادة مناقشة شهود لم يشهدوا بشئ - ذى قيمة فى الدعوى أو مثل إعادة التفتيش وما قد يتبعه من ضبط الأشياء ، كما تمتع القانون صراحة من بعضها مثل إستجواب المتهم إلا بناء على قبوله ووضع قواعد خاصة تنظم البعض الآخر مثل شهادة

الشهود وتذب الخبراء وهى تغاير مقايير طفيفه تلك المتبعة فى التحقيق الإبتدائى (١) .

وتظهر لبعض الأدلة أهمية خاصة حيث تكون الدعوى فى مرحلة الإستنتاج وتكوين الرأى النهائى مثل المحررات والقرائن وأخيراً ترك القانون بعض إجراءات جميع الأدلة فى التحقيق النهائى لحكم القواعد العامة فلم يخصها بالذكر مثل المائدة .

ونبحث هذه الأدلة تباعاً على الترتيب الآتى :

- أولاً: الإقرار .
- ثانياً: شهادة الشهود .
- ثالثاً: تذب الخبراء .
- رابعاً: المحررات .
- خامساً: القرائن .
- سادساً: الأدلة الأخرى .

الفصل الأول

الإقرار

الإقرار هو إقرار المتهم على نفسه بصحة ارتكابه للتهمة المسندة إليه وهو سيد الأدلة وأقواها تأثيراً فى نفس

القاضي وأدعياها إلى إتهامه نحو الإدانة لذا نصت المادة ٢٧١ إجراءات جنائية على أنه :

" يسأل المتهم عما إذا كان معترفاً بإرتكاب الفعل المسند إليه فإن اعترف جاز للمحكمة الاكتفاء بإعترافه والحكم عليه بغير سماع الشهود والا فتمع شهادة شهود الإثبات " وكان قانون تحقيق الجنايات المفعي يجيز أن يكون الإقرار سبباً للحكم في الدعوى بدون مرافعة ، ولا مناقشة (م١٣٤) ، وعلى أية حال يخضع الإقرار لتقدير المحكمة لمخالفته لطبيعة الأشياء ولغريزة البقاء التي تتجه بالمتهم إلى الدفاع عن نفسه وإنكار التهمة المنسوبة إليه (٣) .

شروط الإقرار

أولاً : يشترط في الإقرار الذي يعتد به والذي يجيز للمحكمة الاكتفاء به والحكم على المتهم بغير سماع الشهود أن يكون من المتهم على نفسه أما ما جرى به التعبير الخاطيء من وصف أقوال متهم في

الدعوى على متهم آخر فيها بأنه " إقرار من متهم على متهم " فلا يعتبر إقراراً صحيحاً في حكم المادة (٢٧١) إجراءات بل مجرد استدلال لا تزيد قيمته عن قيمة أي استدلال آخر في الدعوى ولا يصح بالتالي أن يكون سبباً في عدم سماع الشهود (٤) وإن كان ليس هناك ما يمنع القاضي من التعويل عليه بوصفه استدلالاً إذا إطمأن إليه (٥) ، ويستوى أن يكون المتهم الذي أخذه القاضي بأقوال زميله المتهم الآخر مقراً بالتهمة أم منكرها (٦)

ثانياً : ويشترط في الإقرار أن يكون صريحاً لا غموض فيه فلا يستنتج من مثل هرب المتهم أو تضييعه أو تصالحه مع المجنى عليه على تعريض معين فالإقرار هو إقرار بإرتكاب الجريمة والإقرار لابد أن يكون واضحاً بحيث لا يحتمل تأويل (٧) كما ينبغي أن ينصب على نفس الواقعة الإجرامية لا على ملاساتها المختلفة فتسليم المتهم مثلاً بأنه كان موجوداً في مكان الجريمة في وقت وقوعها أو بوجود ضغينة به وبين القتل أو بأنه يحرز

سلاحاً من النوع الذي وقعت به الجريمة أو بأنه إستفاد من القتل ... إلخ كل ذلك لا يعد إقراراً بإرتكاب القتل وإن كان فيه ما يصح أن يعد مجرد دلائل موضوعية لا تكفي للإدانة إلا إذا عززتها أدلة كافية (٨) .

ثالثاً : ويشترط فيه أيضاً أن يصدر عن متهم متمتع بالتمييز فلا يعتد بإقرار صادر من مجنون حتى ولو كان في وقت الجريمة متمتعاً بقواه العقلية ولا عبء كذلك بإقرار قد يصدر تحت تأثير مسكر أو مخدر أو تنويم مغناطيسي أو تأثيراً نفساني كما ينبغي أن يكون المعترف حراً في الإختيار وقت إقراره فلا عبء بإقرار ولو كان صادراً إذا جاء نتيجة إكراه مادي أو أدبي مهما كان قدره (٩) والإكراه المادي في أقوى صورة يتمشى في التعذيب والضرب كما حكم بأنه قد يتمثل في هجوم الكلب البوليسي على المتهم إذا تسرّع يترك ملابسه ويحدث به إصابات (١٠) أما قول الضابط إن المتهمة إعترفت له أثر إستدعائها لعرضها على الكلب

البوليسى فإنه لا يحمل معنى التهديد ما دام هذا الإجراء قد تم بأمر عضو النيابة ويقصد إظهار الحقيقة^(٢١)، وكذلك لا يعتبر مجرد الخوف من القبض أو الحبس إكراهاً مطلقاً للإعتراف^(٢٢) أما الإكراه الأدبى فيتمثل فى الوعد أو الوعيد بشرط قيام رابطة السببية بينهما وبين الإعتراف^(٢٣).

والإكراه يبطل المترتب عليه بطلاناً من النظام العام مهما كان قدر هذا الإكراه من الضألة ومن ثم " فيجب عدم التعويل على الإعتراف فى هذه الحالة وإلا كان الحكم باطلاً^(٢٤) لأنه إذا كان مادياً فهو يعد فى حد ذاته جريمة تستوجب العقاب (١٢٦م عقوبات) وإذا كان معنوياً يعد عملاً غير مشروع أجمعت الشرائع على إستنكاره ومستوجباً بالأقل المسترلية التأديبية لذا نصت أيضاً المادة ٣٠٢ إجراءات معذلة بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ على أن " كل قول يثبت إنه صدر من المتهمين أو اشهود تحت وطأة الإكراه أو التهديد به يهمل ولا يعول عليه " فإذا

تمسك المتهم بأن الإعتراف المعزى إليه كان وليد إكراه تعين على حكم الإدانة إذا أخذ به برده على هذا النفع بما يفقده وإلا كان معيباً بما يستوجب نقضه^(٢٥) أما إثارة صدور الإعتراف أمام محكمة النقض لأول مرة فلا تقبل لأنه يتطلب تحقيقاً فى الموضوع^(٢٦) إلا أن أستاذنا الدكتور رؤف عبيد لا يرى مانعاً من إمكان إثارته ولو لأول مرة أمامها إذا كان ثابتاً بالأوراق ولم يتطلب تحقيقاً^(٢٧).

وأما أن يكون إعترافاً قضائياً وليس خارج مجلس القضاء فالإعتراف القضائى هو ما يصدر من المتهم على نفسه فى مجلس القضاء وقد جرى الرأى على القول بأنه يكفى ولو كان هو الدليل الوحيد فى الدعوى لتسبب حكم الإدانة ما دامت توافرت له شروطه المطلوبة^(٢٨) فى حين يرى الدكتور محمود مصطفى أن الإعتراف وحده لا يكفى فى لتسبب الحكم بالإدانة لأن الإعتراف دليل غير محسوس فلا يقطع بالإدانة وهو يدعو لأول وهلة إلى الشك

والريبة فى حقيقته إذ يتطوع به المتهم لمقتضى إدانته فلا بد إذاً من أدلة أخرى تستند به وتؤكد^(٢٩)، ومن رأينا أن هذه مسألة تترك لظروف الحال فقد يكون الإعتراف وحده كافياً فى دعوى معينة فى حين قد لا يكون كافياً فى دعاوى أخرى كما أن المشرع المصرى لم يأخذ بالرأى الذى ذهب إليه الدكتور محمود مصطفى فإذا أعترف المتهم جاز للمحكمة الإكتفاء بإعترافه والحكم غير سماع شهود.

أما الإعتراف غير القضائى فهو ما قد يرد ذكره فى التحقيقات نقلاً عن أقوال منسوبة إلى المتهم خارج مجلس القضاء مثلاً أمام شهود أو فى محرر صادر منه أو فى محضر جمع الإستدلالات أو تحقيق إدارى أو فى محضر التحقيق الابتدائى بمعناه الضيق، وليس هناك ما يمنع من أن يكون سبباً فى الإدانة^(٣٠) لكن قيمته فى الإقتناع متروكة على ما للمحرر الذى تضمنه أو على ما لشهادة الشاهد الذى نقله من قيمة فنية وهو لا يصلح على أية حال لأن يكون سبباً فى عدم سماع

مبلغ الأثر الذي كان للإقرار
الفاقد في الرأي الذي إنتهت
إليه المحكمة (٢٢٠).

فالإعتراف قد لا يكون
صحيحاً بل صادراً عن دوافع
متعددة ليست من بينها الرغبة
في قول الصدف مثل رغبة
إستدار العطف فحسب أو القرار
من جريمة أخرى يهيم المتهم
كتمانها أو إنقاذ الفاعل
الحقيقي بحكم صلة من الصلات
وتضامناً معه أو رغبة منه في
دخول السجن هرباً من بعض
معضلات الحياة أو مجرد سوء
دفاع من المتهم أو نتيجة خبايا
من أحد وكثيراً ما يعتمد المتهم
المعترف إلى الزج بوقائع غير
صحيحة مع أخرى صحيحة
إمعاناً منه في التضليل أو هرباً
من عاقبة إعترافه الذي إنزلق
إليه لسانه في مبدأ الأمر تحت
أى مؤثر (٢٢١) ، ولذلك يخضع
الإعتراف كدليل إلى تقدير
المحكمة مثله في ذلك كباقي
الأدلة الجنائية بمعنى إنه يجوز
للمحكمة رغم إعتراف المتهم أن
تقضى ببراءته (٢٢٢).

ويستبين القاضي قيمة
الإعتراف من المطابقة بينه وبين

أخرى أو بعد مباشرتها وهو
ما يدعو إلى بحث الإجراءات
السابقة على الإعتراف والموصلة
له للتأكد من صحتها للأخذ به
كدليل في الإدانة إذ يقضى
القانون بأن كل ما يبنى
على الإجراء الباطل فهو
باطل (٢٢٣).

تقدير الإعتراف

طبقاً لمبدأ حرية القاضي في
تكوين عقيدته الذي تأخذ به
التشريعات الحديثة .

أصبحت لقاضي الحرية في
تقدير حجية الإعتراف (٢٢٤) ،
والإعتراف هو دليل الإثبات
الأول إلا أنه ينبغي مع ذلك
عدم المبالغة في قيمته كثيراً
حتى لو توافرت له كل شروط
الإعتراف القضائي ، وإذا لم
يستكمل الإعتراف عناصر
صحته فعلى القاضي أن يطرحه
ولا يورد الإستناد عليه توافر
أدلة أخرى في الدعوى ولو
كانت مؤدية لمآتها إلى الحكم
بالإدانة لأن الأدلة في المواد
الجنائية متساندة يكمل بعضها
بعضاً تكون المحكمة عقيدتها
منها مجتمعة ولا يستطيع مع
ما جاء في الحكم الوقوف على

الشهود طبقاً للمادة ٢٧١ ،
وإذا أصر المتهم على إعترافه
في الجلسة عد ذلك إعترافاً
قضائياً وصح وحده سبباً للإدانة
ولعدم سماع الشهود أما إذا
أنكر صدوره منه وجب إعتباره
إعترافاً غير قضائي ولو صدر
بناء على إجراءات صحيحة
روعت فيها كل الضمانات
المطلوبة (٢٢٥).

خاصة إذا كان الإعتراف
قد جاء نتيجة إستجواب في
مجلس القضاء فينبغي أن يكون
الإستجواب قد جرى صحيحاً
برضاء المتهم ومحاميه نعماً ،
وكذلك إذا كان الإستجواب قد
جرى خارج مجلس القضاء
وأراد الحكم الأخذ به وجب أن
تكون الضمانات التي قررها
القانون أمام سلطات التحقيق
الإبتدائي قد روعيت لأن بطلان
الإستجواب لأى إعتبار كان
يترتب عليه بطلان الدليل
المستمد منه مباشرة وكذلك
الشان أيضاً إذا صدر الإعتراف
بسبب مواجهة باطله (٢٢٦) وقد
يصدر الإعتراف تلقائياً دون
إجراءات سابقة عليه ولكن ذلك
قليل الحدوث والغالب أن يأتي
الإعتراف في ثنايا إجراءات

باقى الأدلة الأخرى فإذا وجدها لا تعززه كان له أن يسقط الإقرار من ميزان حسابه ، ومن ثم كان له فى جميع الأحوال أن يأخذ به أو لا يأخذ. سواء أصدر فى التحقيقات أم فى الجلسة أم فى بعض التحقيقات الإدارية وسواء أصر عليه صاحبه أم عدل عنه (٣٨) إنما ينبغى دائماً أن يبين رأيه فيه حتى ولو صدر أمام الشرطة إذا رفض الأخذ به وبرأ المتهم من التهمة وإلا كان الحكم قاصراً معيباً (٣٩) كما حكم بأن إقتصار حكم الموضوع على القول بأن الإقرار باطل لأنه بنى على تفشيش باطل دون بيان كيف إنه بنى على هذا التفشيش قصر يستوجب نقضه (٤٠) .

وللقاضى أيضاً أن يجزئ إقرار المتهم وقد كان القضاء الفرنسى فى أول الأمر مستقر على أن إقرار المتهم لا يتجزأ فإما أن يأخذ به القاضى الجنائى كما صدر وإما أن يطرحه كله وكان سند القضاء فى هذه القاعدة المانعة من تجزئة الإقرار فى المسائل المدنية (٣٩) واستقر قضاء النقض فى

بلادنا على أن محكمة الموضوع غير ملزمة بالأخذ بإقرار المتهم بنصه وظاهره بل لها فى سبيل تكوين عقيدتها فى المواد الجنائية أن تجزئ الإقرار وتأخذ منه ما تراه مطابقاً للحقيقة وأن تعرض عما تراه مغايراً لها (٤١) .

فللقاضى تجزئة الإقرار ليأخذ منه ما يطمئن إليه - ولكن المسألة ليست على الأتمل من الوجهة العلمية بهذه الدرجة من السهولة لأن العقل قد يقاوم فكرة تجزئة الإقرار إعتباراً بأن الإقرار تصرف قانونى من جانب المعتبر متماثل فى تصوره وغير قابل للتجزئة وعباراته متماثلة فى تصور المتهم المعتبر (٤٢) .

وإذا إقررت المتهم بالواقعة ثم أورد بعض التحقيقات على إقراره ورأت المحكمة أن تأخذ بإقراره بشأن بعض الوقائع وأن تطرح التحفظات التى أوردتها على هذا الإقرار بشأن بعض الوقائع وأن تطرح التحفظات التى أوردتها على هذا الإقرار فإنه يجب عليها أن تبين علة أخذها بجزء من

الإقرار وإطراحها الجزء الآخر ولا يجوز مطلقاً أن تعتبر ما أدلى به المتهم إقراراً إلا إذا أفصحت فى حكمها عن سبب إطراحها التحفظات التى أوردتها على إقراره ، وتوجد الآن حركة قوية ظهرت إصدارها فى المحافل والمؤتمرات ضد صلاحية الإقرار كأساس للإدانة فى المسائل الجنائية إذا لم يكن مؤيداً بأدلة أخرى ويبدو أن هذا الاتجاه أقرب إلى الصواب وإلى حماية الحريات الفردية بإقرار الذى لا يستند أى دليل آخر لا يمكن الإطمئنان إلى صدقه ومن المجازفة أن يبنى عليه حكم بالإدانة (٤٤) .

عدم جواز إستجواب المتهم أمام المحكمة :

إقرار المتهم هو دليل تحييط الشبهات وله ماضٍ مثقل بالأوزار فقد كان التعذيب فى القانون القديم والمصور الوسطى هو أداة الإستجواب للحصول على الإقرار (٤٥) . وإذا كان الإستجواب فى التحقيق الابتدائى وسيلة مشروعة من وسائل جمع الأدلة قد تنتهى إلى الإقرار فهو

التنظيمية التي لا يترتب
البطلان على إغفالها^(٤١).

والحق في الدفع بالبطلان
يسقط إذا حصل إستجواب
المتهم في حضور محاميه بغير
إعتراض منه عملاً بالمادة ٣٣٣
إجراءات .

وبلاحظ أن الإستجواب
المحظور إجراؤه أمام المحكمة
هو مناقشة المتهم على وجه
مفصل في الأدلة القائمة في
الدعوى إثباتاً أو نفيّاً أثناء
نظرها سواء أكان ذلك من
المحكمة أو من المحصور أو
محاميهم وهذا لما له من الخطورة
الظاهرة فهو غير جائز إلا بناء
على طلب المتهم نفسه فمثل
هذا الإستجواب من شأنه أن
يريك المتهم وربما إستدرجه إلى
قول ما ليس في صالحه أما
مجرد توجيه سؤال على سبيل
الإستعلام البسيط أو لفت النظر
إلى ما يقوله الشاهد فليس فيه
أدنى خروج على محارم القانون
ولا مساس بحق الدفاع^(٤٢).

الفصل لثاني

شهادة الشهود

تمثل شهادة الشهود جانباً
هاماً في الإثبات الجنائي فهي
من أهم إجراءات التحقيق سواء
الإبتدائي أو النهائي بقرارات

أيضاً سبباً للبطلان^(٤٣)
والبطلان المترتب على إستجواب
المتهم دون قبوله نسبي لا مطلق
فإذا صدر أثناء المحاكمة
الإبتدائية ولم يحصل التمسك
بالبطلان أمام المحكمة
الإستئنافية فلا يجوز إثارته
لدى محكمة النقض .

وقد خففت محكمة النقض
من أثر هذا الخطر حيث قررت
إنه يستوي أن يكون قبول المتهم
للإستجواب صريحاً أو ضمناً
وأن القبول الضمني يتحقق
بإجابته على الأسئلة الموجهة
إليه في حين يرى الدكتور أحمد
فتحي سرور أن القانون إذا
إشترط قبول المتهم للإستجواب
فإنه قد أراد - القبول الصريح
لا مجرد قبول المتهم الإجابة
على الأسئلة الموجهة إليه ذلك
أن الأصل هو حق المتهم في
الإمتناع عن الإجابة ولو كان
القانون يسمح للمحكمة
بإستجوابه وعلى ذلك فإجابة
المتهم على الأسئلة لا
تضيف جديداً ولا تعنى إنه
يقبّل الإستجواب غير
المسموح به^(٤٤).

أما ما يتطلبه القانون من
سؤال المحكمة المتهم عن الفعل
المسند إليه فهو من الإجراءات

في التحقيق النهائي وسيلة
للدفاع فحسب لذا نصت المادة
٢٧٤ على أنه " لا يجوز
إستجواب المتهم إلا إذا قبل
ذلك " وبلاحظ أن هذا النص
عام يسرى على الجنائيات كما
يسرى على الجنح والمخالفات
ويصرف النظر عن المحكمة التي
تجرى أمامها المحاكمة^(٤٥) .
وقد إستهدف المشرع من ذلك
ضمان عدم إحراج المتهم
بالمناقشة التفصيلية التي قد
تستدرجه إلى الإعتراف أو إلى
تأييد وجهة نظر الاتهام . ولكن
هذا التعليل مردود بأن من حق
المتهم الإمتناع عن الإجابة على
الأسئلة الموجهة إليه كلها أو
بعضها دون أن - يعتبر هذا
الإمتناع قرينة ضده^(٤٦) .

ففي جميع الأحوال لا يجوز
إستجواب المتهم بدون رضاه
ولكن إذا طلب المتهم إستجوابه
كان على المحكمة تجيبه إليه
وإغفالها ذلك بعد وجهها للبطلان
إذ أن إستجواب المتهم في هذه
الحالة يعتبر من الأمور المتممة
للدفاع^(٤٨) ، وإذا رفض
الإجابة فليس لها أن تتخذ من
رفضه ضده لأنه إنفا يستعمل
حقاً خوله إياه القانون وإذا
أرغمته المحكمة عليه كان ذلك

سماعهم في ثبوت الجريمة وظروفها وإسنادها إلى المتهم أو بآرائه منها كما جاء بنص المادة ١١٠ إجراءات .

وتقوم النيابة بإعلان الشهود الذين ترى سماع شهادتهم ويكون تكليفهم بالحضور بواسطة المحضرين أو رجال السلطة العامة ، ولها بسماع شاهد يحضر من تلقاء نفسه .

وفي هذه الحالة يثبت ذلك في المحضر (م ١١١ إجراءات)

وأسام المحكمة يكلف الشهود بالحضور بناء على طلب الخصوم بواسطة أحد المحضرين أو أحد رجال الضبط قبل إقفال باب المرافعة بأربع وعشرين ساعة غير مواعيد الساقه إلا في حالة التلبس بالجريمة فإنه يجوز تكليفهم بالحضور في أي وقت ولو شفها بواسطة أحد مأموري الضبط القضائي أو أحد رجال الضبط .

ويجوز أن يحضر الشاهد في الجلسة بغير إعلان بناء على طلب الخصوم ، وللمحكمة أثناء نظر الدعوى أن تستدعي أي شخص وتسمع أقواله ولو

في الإثبات المعتاد على حوادث عابرة تقع فجأة فلا يسبقها تراض أو اتفاق حين أن الثاني ينصب عادة على إثبات واقعة تقابل الإيجاب مع القبول بين أطراف العقد وهي واقعة معدة ومرتبنة مقدماً ..

اختيار الشهود وإعلانهم

لا خلاف في أن الشاهد الحسن السيرة الأمين على الحقيقة الذي يخشى الله ضمان كبير للمعدالة ، وقد عبرت الشريعة الإسلامية عن هذا الشاهد بمقابلة " الشاهد العدل " وقد حرص المشرع على ضمان توافر هذه الأهلية من خلال ضوابط معينة إلا إذا توار هذه الضوابط لا يحول دون سلطة المحكمة في تقدير قيمة الشهادة في ضوء العوامل الشخصية التي تؤثر في الشهادة والأدلة الأخرى في الدعوى (٥٥) .

وللمحقق كامل السلطة في سماع من يرى سماعهم من الشهود سواء طلب الخصوم ذلك أو لم يطلبوا وله أن يرفض سماعه منهم إذ لم ير فائدة من

لشاهد من أهم الأدلة التي يستعين بها القاضي في الخصومة الجنائية والشاهد هو شخص ليس من أطراف الخصومة الجنائية لديه معلومات تتصل بالجريمة أو بفاعلها ، ولا يعد من قبيل الشهادة مجرد ترديد الشائعات والتقديرات الشخصية ولكن يجوز للشاهد أن يذكر وقائع سمعها من آخر بشرط تحديد الشخص الذي رواها له (٥٦) .

والشهادة هي إثبات واقعة معينة من خلال ما يقوله أحد الأشخاص عما شاهد أو سمعه أو أدركه بحواسه عن هذه الواقعة بطريقة مباشرة ويحتل الدليل المستمد من الشهادة إهتمام القاضي لأنه غالباً ما يحتاج في مقام وزن الأدلة إلى من رأى الواقعة أو سمع عنها أو أدركها بحواسه ولهذا قيل بأن الشهود هم عيون المحكمة وأذانها (٥٧) .

وشهادة الشهود هي الطريق العادي للإثبات الجنائي حين أن الكتابة هي الطريق العادي للإثبات المدني لأن الأول ينصب

إذا دعت لضرورة لذلك ولها أن تأمر بتكليفه بالحضور في جلسة أخرى ، ولها أن تسمح شهادة أي إنسان قد يحضر من تلقاء نفسه لإبداء معلومات في الدعوى (٥٦) مع ملاحظة أن هناك أشخاص لا يجوز إكراههم على الحضور أمام القضاء لأداء الشهادة مثل رجال السلك السياسي وزوجاتهم وأولادهم وأقاربهم الأقربين الذين يعيشون معهم في معيشة واحدة لما يتمتعون به من حصانة ، وفي الجملة كل من لا يخضع بحسب قواعد القانون الدولي العام للقضاء الوطني .

كيفية أداء الشهادة

١- في التحقيق الابتدائي :

سماع الشهود طريق من طرق الإثبات يشترك فيه التحقيق الابتدائي والتحقيق النهائي مع ملاحظة أن في دور التحقيق الابتدائي تقوم النيابة بإعلان الشهود الذين يقرر قاضي التحقيق سماعهم فليس للخصوم أن يعلنوا شهوداً يلتزم قاضي التحقيق بسماعهم وكل ما لهم أن يطلبوا سماعهم وللقاضى مطلق التقدير في

تكليف النيابة بإعلائهم كما له أن يسمح شهادة أي شاهد يحضر ولو من تلقاء نفسه (٥٧) ويجب سماع كل شاهد على إنفراد إلا أن للمحقق أن يواجه الشهود بعضهم البعض الآخر وبالمتهم (١١٢م) إجراءات .

ويطلب المحقق من كل شاهد أن يبين اسمه ولقبه وسنه وصناعته وسكنه وعلاقته بالمتهم وتدوين هذه البيانات وشهادة الشهود بغير كشط أو تحشير ولا يعتمد أي تصحيح أو شطب أو تخريج إلا إذا صدق عليه المحقق والكاتب والشاهد (١١٣م) إجراءات .

ويضع المحقق والكاتب إمضاءً على الشهادة وكذلك الشاهد بعد تلاوتها عليه وإقراراه بأنه مصر عليها فإن إمتنع عن وضع إمضائه ولم يمكنه وضعه أثبت ذلك في المحضر مع ذكر الأسباب التي يبديها وفي كل الأحوال يضع كل من المحقق والكاتب إمضاءً على كل صفحة أولاً بأول (١١٤م) - إجراءات ، ويجوز للخصوم عند الإتهام من سماع أقوال الشاهد إبداء ملاحظاتهم

عليها ولهم أن يطلبوا سماع أقوال الشاهد عن نقط أخرى يبينونها وللمحقق رفض توجيه أي سؤال غير متعلق بالدعوى أو عندما يكون في صيغة مساس بالغير (١١٥م) إجراءات .

ويجب على جميع الشهود الذين بلغت سنهم أربع عشرة سنة أن يحلفوا يميناً قبل أداء الشهادة على أنهم يشهدون بالحق ولا يقولون إلا الحق .

ويجوز سماع الشهود الذين لم يبلغوا أربعة عشرة سنة كاملة بدون حلف يمين على سبيل الاستدلال (٢٨٣م) إجراءات ، وينبغي أن تكون اليمين قبل الشهادة لا بعدها وإلا كان العمل باطلاً لأن حلف اليمين قبل الشهادة ينه ضميره ويدفعه إلى أدائها بالصدق وبخلاف ما لو شهد أولاً بلا يمين فإنه قد يتهاون في أدائها ثم إذا طلبت منه اليمين عى أنها صادقة فقد لا يجرؤ على التراجع والإعتراف بخدم صحتها فيضطر إلى تأييدها باليمين (٥٨) .

ويشترط على عدم حلف اليمين بطلان الشهادة كإجراء

من إجراءات التحقيق ، ولكنه بطلان نسبي يسقط الحق في الدفع به متى سمعت الشهادة في حضور محامي المتهم دون اعتراض^(٥٩) . أما سماع كل شاهد على إنفراد فلا يترتب على مخالفتها بطلان وإنما للمحكمة أن تراعى في تقديرها الشهادة إنها أديت في هذه الظروف .

ولا تملك المحكمة إجبار الشاهد على خلف اليمين أو الإدلاء بالشهادة إن رأى الامتناع عنها وكل ما لها طبقاً للمادة ٢٨٤ إجراءات هو إن توقع عليه العقوبة المقررة فيها إذا شاءت وإن تعفيه منها إذا عدل عن امتناعه قبل إقفال المرافقة^(٦٠) .

والأصل في الشهادة أنها شفوية فلا يصح للشاهد الاستعانة بمذكرات مكتوبة إلا إذا كان موضوعها معقداً متعدد الأرقام والتواريخ^(٦١) .

ب - كيفية أداء الشهادة أمام المحكمة :

يكون على المحكمة وفقاً لمبدأ شفوية المرافعات أن تعيد سماع الشهود الذين أدلوا

بأقوالهم في التحقيق الابتدائي كما لها أن تسمع شهوداً جدد في الدعوى وللخصوم أن يظفروا إليها ذلك^(٦٢) ، ولا تلتزم المحكمة بسماع جميع الشهود الذين أدلوا بأقوالهم أثناء التحقيق ولها أن تختار الشهود الذين ترى أن شهادتهم مفيدة في كشف الحقيقة ، وفي هذه الحالة لا يجوز لها التعويل على الشهود الذين قررت عدم سماعهم ما لم يرجع ذلك إلى أحد الاستثناءات على مبدأ شفوية سماع الشهود^(٦٣) .

وفي دور التحقيق النهائي يكلف الشهود بالحضور بناء على طلب الخصوم - على خلاف الحال في دور التحقيق الابتدائي - وللمحكمة أثناء نظر الدعوى أن تستدعي وتسمع أقوال أي شخص ولو بإصدار أمر بالضبط والإحضار إذا دعت الضرورة لذلك ولها أن تأمر بتكليفه بالحضور في جلسة أخرى^(٦٤) كما لها أن تسمع شهادة أي إنسان يحضر من تلقاء نفسه لإبداء معلومات في الدعوى^{٢٧٧م} .

وتنادى على الشهود بأسانهم وبعد الإجابة يخرجون في الغرفة المخصصة لهم ولا يخرجون منها إلا بالتأني لتأدية الشهادة أمام المحكمة ومن تسمع شهادته منهم يبقى في قاعة الجلسة إلى حين إقفال باب المرافعة ما لم ترخص له المحكمة بالخروج ، ويجوز عند الاقتضاء أن يبعد شاهد أثناء سماع شاهد آخر وتسرع مواجهة الشهود بعضهم ببعض^{٢٧٨م} إجراءات والغرض من هذا الاحتياط هو منع من لم تسمع أقواله من التأثير بأقوال من سمعوا ، وحجز الشهود يكون عند نظر القضية فإذا أجل نظر القضية بعد سماع بعض الشهود فليس من المعقول أن يستمر حجز الباقيين حين سماع شهاداتهم^(٦٥) .

وهذه إجراءات تنظيمية فلا بطلان إذا لم تراع أو لم يشر إلى إتباعها في محضر الجلسة^(٦٦) .

وللمحكمة إذا اعتذر الشاهد بأعذار مقبولة عن عدم إمكانه الحضور أن تنتقل إليه وتسمع شهادته بعد إخطار النيابة

العامة وباقي الخصوم وللخصوم أن يحضروا بأنفسهم أو بواسطة وكلائهم وأن يوجهوا للمشاهد الأسئلة التي يرون لزوم توجيهها إليه (م ٢٨١ إجراءات) .

وتسرى هذه القاعدة التي توجب على الشهود الذين بلغت سنهم أربع عشرة سنة أن يحلفوا ميمناً قبل أداء الشهادة على أنهم يشهدون بالحق ولا يقولون إلا الحق - وهي ضمان لقول الحق ويكفي أن يؤدي الشاهد اليمين مرة واحدة حتى يمكن سؤاله عدة مرات بعد ذلك دون حاجة إلى تحليفه اليمين بعد ذلك سواء في نفس الجلسة وفي الجلسات التالية (٩٧) .

ويجيز القانون سماع المعلومات من أشخاص لا يجوز توجيه اليمين إليهم لكونهم غير أهل لذلك إما لحداث سنهم كالأحداث الذين لم يبلغوا أربع عشرة سنة كاملة وإما لأنهم من المجرمين من أداء الشهادة طبقاً للبند ثالثاً من المادة ٢٥ من قانون العقوبات إلا على سبيل الاستدلال مثلهم في ذلك مثل ناقص الأهلية ، ومنهيب الشارع في التفرقة بين الشهادة التي

تسمع بيمين وبين تلك التي تعد من قبيل الاستدلال والتي تستمع بتقرير يمين يوحى بأنه يرى أن الأشخاص الذين قضى يعلم تحليفهم اليمين هم أقل ثقة من أوجب عليهم حلفها ولكنه مع ذلك لم يحرم على القاضى الأخذ بالأقوال التي يدلى بها على سبيل الاستدلال إذا أتس فيها الصلح (٩٨) .

وعندما تسمع المحكمة شهادة شهود الإثبات يكون توجيهها الأسئلة للشهود من النيابة العامة أولاً ثم من المجنى عليه ثم من المدعى بالحقوق المدنية ثم من المسئول عن الحقوق المدنية وللنيابة وللمجنى عليه وللمدعى بالحقوق المدنية أن يسألوا الشهود المذكورين مرة ثانية لإيضاح الوقائع التي أدوا الشهادة عنها في أجوبتهم (المادة ٢٧١ إجراءات) .

وبعد سماع شهود الإثبات يسمح شهود النفي ويسألهم المتهم أولاً ثم المسئول عن الحقوق المدنية ثم بمعرفة النيابة العامة ثم المجنى عليه ثم المدعى بالحقوق المدنية ، وللمتهم وللمسئول عن الحقوق

المدنية أن يوجهوا للشهود المذكورين أسئلة مرة ثانية لإيضاح الوقائع التي أدوا الشهادة عنها في أجوبتهم عن الأسئلة التي وجهت إليهم ، ولكل من الخصوم أن يطلب سماع الشهود المذكورين لإيضاح أو تحقيق الوقائع التي أدوا شهادتهم عنها أو أن يطلب سماع شهود غيرهم لهذا الغرض (م ٢٧٢ إجراءات) .

هذا وقد أصبحت المادة ٢٨٩ إجراءات بعد تعديلها بالقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٥٧ تنص على أنه : " للمحكمة أن تقرر تلاوة الشهادة التي أيدت في التحقيق الابتدائي أو في محضر جمع الاستدلالات أو أمام الخصير إذا تعذر سماع الشاهد لأي سبب من الأسباب أو قبيل المتهم أو المدافع عنه ذلك " .

ومقتضى هذا النص أنه يجوز الاستغناء بتلاوة أقوال الشاهد الغائب عن سماعه إذا تعذر هذا السماع أو إذا قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك ، والاستغناء عن سماع شاهد غائب أو أكثر ليس مقتضاه

إمكان إستغناء المحكمة كلية عن تحقيق الدعوى من جديد بعرفتها لإستظهار وجه الحق فيها بل إن هذا الإستغناء ينفي أن يكون غير جائز حتى ولو قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك فمن ناحية المادة ٢٨٩ نتحدث عن تعذر سماع الشاهد بصيغة المفرد لا الجمع ، وهي تتحدث عن حالة خاصة وهي تعذر سماع أحد شهود الدعوى فحسب أو تنازل المتهم أو المدافع عن سماعه لأسباب معينة قوية ، ومن ناحية أخرى فإن إستظهار وجه الحق في الدعوى والفصل فيها بقضاء صحيح أمر ملك للمجتمع صاحب هذه الدعوى وليس ملكاً للقاضي ولا للخصوم فالمتهم لا يملك أن يطلب من المحكمة أن تقضى بإدانة إذا لم تقتنع بهذه الإدانة ، ولا يمكن لقضاء عادل أن يقضى بإدانة متهم لأنه طلب ذلك (٧٠) .

لمن يجوز سماعهم كشهود :

نصت المادة ١١٦ إجراءات

على إنه " تطبيق فيما يختص

بالشهود أحكام المواد ٢٨٣

٢٨٥ ، ٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ٢٨٨ . "

والمادة ٢٨٣ خاصة بحلف اليمين طبقاً لما ذكرناه آنفاً .

والمادة ٢٨٥ لا تميز الشهود لأي سبب من الأسباب .

والمادة ٢٨٦ تميز الإمتناع عن الشهادة ضد المتهم لكل من أصوله وقروعه وأقاربه وأصحابه إلى الدرجة الثانية وزوجته ولو بعد إنقضاء رابطة الزوجية وذلك ما لم تكن الجريمة قد وقعت على الشاهد أو أحد أقاربه أو أصحابه الأقربين أو إذا كان هو المبلغ عنها أو إذا لم تكن هناك أدلة إثبات أخرى ، وقد قضى بأن المادة ٢٨٦ لا تمنع الشاهد من الشهادة ضد زوجة أو قريبة بل هي تعفيه من الشهادة أن أراد ذلك (٧١) .

والمادة ٢٨٧ تخضع الشهادة الجنائية للقواعد المقررة في تشريع الإثبات في المواد المدنية والتجارية بالنسبة لمنع الشاهد من أداء شهادته أو إعفائه منها .

والمادة ٢٨٨ أباحت سماع المبعي بالحقوق المدنية كشاهد مع حلف اليمين .

ولا يجوز أن يكون من بين شهود الدعوى وكيل النيابة

الحاضر في الجلسة ولا كاتبها ولا حتى المترجم في نفس الدعوى ، ومن باب أولى أحد القضاة الذين ينظرونها لأنه لا يجوز أن يجمع الإنسان بين صفتي الشاهد والمحكم (٧٢) .

واجبات الشهود وجزاء الإخلال بها :

يجب على كل من دعى إلى الشهادة أمام المحكمة أن يحضر فإذا تخلف بعد تكليفه جاز الحكم عليه بعد سماع أقوال النيابة العامة برفع غرامة لا تتجاوز حنيفها في المخالفات ولا عشرة جنيهات في الجنح ولا ثلاثون جنيفاً في الجنايات ويجوز للمحكمة إذا رأت شهادته ضرورية أن تؤجل الدعوى لإعادة تكليفه بالحضور ولها أن تأمر بالقبض عليه وإحضاره (م ٢٧٢) .

وإذا حضر الشاهد بعد تكليفه بالحضور مرة ثانية أو من تلقاء نفسه وأبدي أعتذاراً مقبولة جاز إعفاؤه من الغرامة بعد سماع أقوال النيابة العامة (٧٣) ، وإذا لم يحضر الشاهد في المرة الثانية جاز الحكم عليه بغرامة لا تتجاوز

تقدير الشهادة:

يخضع تقدير قيمة الشهادة لبدأ " الإقتناع القضائي " شأنها شأن سائر الأدلة الأخرى بل قد تكون الشهادة أهم ميادين تطبيق هذا المبدأ (٧٥) فـ للمحكمة كامل الحرية في وزن أقوال الشاهد وتقدير الظروف التي قد يؤدي فيها شهادته فلها أن تأخذ بها أو أن ترفضها أو أن ترجع شهادة شاهد على آخر أو أقوال نفس الشاهد في تحقيق على أقواله في تحقيق آخر أو أقواله في جلسة على أقواله في جلسة أخرى أو أقواله أمامها على أقواله في البوليس أو أقواله في التحقيق الإبتدائي على أقواله في الجلسة التي أداته فيها عن تهمة شهادة الزور (٧٦) .

وللمحكمة أن تأخذ بالشهادة ولو كانت قد سمعت على سبيل الإستدلال فحسب كشهادة الشاهد في محضر جمع الإستدلالات أو كشاهد محكوم عليه بعقوبة جنائية أو كشهادة صبي لم يحلف اليمين أو بأقوال متهم على آخر متى إطمأنت إلى صحتها مع أن

والشاهد مطالب بأن يقول الصلح وإلا عد مرتكباً لجريمة شهادة زور وهي لا تتحقق إلا إذا أدت الشهادة أمام المحكمة دون سلطة التحقيق ، وبعد أن تقرر المحكمة إقفال باب المرافعة إذ أنه إلى ذلك الحين يمكن للشاهد أن يعدل عن شهادته ، والشهادة الزور من جرائم الجلسات للمحاكم الجنائية أن تحرك فيها الدعوى بنفسها وتحكم على المتهم بالعقوبة ولو حال إنعقاد الجلسة والمحكمة المدنية والتجارية هذا الحق أيضاً .

والشهادة الزور جنحة (م) ٢٩٤ ، ٢٩٦ عقوبات) وإنما تصح جنابة إذا ترتب عليها الحكم على المتهم في جنابة وتكون عقوبتها عندئذ الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن ، وإذا كانت العقوبة المحكوم بها هي الإعدام ونفذت على المحكوم عليه فيحكم بالإعدام أيضاً على من شهد عليه زوراً (م) ٢٩٥ - عقوبات) ، وكما تصح جنابة أيضاً إذا قيل من شهد زوراً عطيه أو وعد بشيء ما (م) ٢٩٨ عقوبات) .

ضعف الحد الأقصى المقرر في المادة السابقة وللمحكمة أن تأمر بالقبض عليه وإحضاره في نفس الجلسة أو في جلسة أخرى تؤجل إليها الدعوى (م) ٢٨٠ ، وإذا لم يحضر الشاهد أمام المحكمة حتى صدور الحكم في الدعوى جاز له الطعن في حكم التفرامة بالطرق المعتادة (م) ٢٨٢ ، والإعلان الصحيح للشهادة هو الذي يفرض على الشاهد واجب الحضور فلا تقع الجريمة إذا كان الإعلان باطلاً لأن هذا الواجب لا ينشأ إلا عند إعلان صحيح (٧٤) .

وإذا امتنع الشاهد عن أداء اليمين أو عن الإجابة في غير الأحوال التي يجيز له القانون فيها ذلك حكم عليه في مواد المخالفات بالحبس مدة لا تزيد على أسبوع أو بغرامة لا تزيد على جنينه مصري وفي مواد الجنح والجنابات بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تزيد على ستين جنينها ، وإذا عدل الشاهد عن إمتناعه قبل إقفال باب المرافعة يعفى من العقوبة المحكوم بها عليه كلها أو بعضها (م) ٢٨٤ .

شهادته لا تعد إلا استدلالاً ،
وفى جميع هذه الأحوال لها أن
ترجع هذه الأقوال أو تلك على
ما عداها من شهادات أديت
بعد حلف اليمين ومن أدلة
مختلفة وحكم بأن الإختلاف بين
أقوال الشاهد والخبير الفنى فى
تقدير المسافات لا يهدر شهادة
الشاهد ما دامت المحكمة قد
إطمأنت إلى صحتها (٧٧) كما
أن للمحكمة أن تستند على
شهادة شاهد رغم المطاعن الى
وجهت إليه (٧٨) .

ولها أن تأخذ بأقوال الشاهد
ول كان قريباً لأحد الخصوم أو
صاحب مصلحة فيها أو لو كان
هو المجنى عليه أو المدعى
المدنى أو المستول عن الحق
المدنى متى إطمأنت إلى أن
القراءة أو المصلحة لم تحمله
على تغيير الحقيقة بل أن لها
أن تأخذ بأقوال المجنى عليه
وهو يحتضر ما دامت قد إمأنت
إليها وقدرت الظروف التى
صدرت فيها (٧٩) ، وإن تأخذ
بشهادة منقولة عن شاهد أنكر
صحتها وصدورها عنه إذ أن
المرجع فى تقدير الشهادة ولو
كانت منقولة هو إلى محكمة
الموضوع كما لها أن تعول على

شهادة الشاهد ولو كان أصماً
أبكم طالما كان بإستطاعتها أن
تفهم إشاراته ويغير ما حاجة
ن خير ينقل إليها إلى تعبني
المعنى (٨٠) .

ولكن لا تبدأ سلطة المحكمة
فى تقدير قيمة الشاهد إلا بعد
الإدلاء بها ومن ثم لا يجوز لها
أن تبدى رأيها فيها قبل أن
تستمع إليها إذ يكون تصرفها
غير مفهوم (٨١) ، ولا يجوز لها
أن تتدخل فى ذات رواية
الشاهد وتأخذها على وجه خاص
يخالف صريح عبارتها (٨٢) .

وثمة قواعد فى تقدير قيمة
الشهادة يميلها عليها المنطق
المجرد وتدعمها خبرة التطبيق
القضائى وأهمها : تقدر قيمة
الشهادة بأحد أوصاف ثلاثة
فهى إما صادقة وإما شابهة
غلط وأما تعتمد الشاهد
تزييفها ، والشهادة غير المباشرة
(أى رواية عن شاهد آخر)
أقل قيمة من الشهادة المباشرة ،
ويتعين فى تقدير قيمة الشهادة
التفرقة بين حالة اشاهد الوحيد
فى الدعوى وحالة الشهود
المتعددین . فإذا كان الشاهد
وحيداً فإن قيمة شهادته تقدر

من وجهات ثلاثة : من حيث
سلامة حواسه وعلى سبيل المثال
فإن شاهد الرؤية ضعيف البصر
أو المصاب بعمى الألوان أو
العشى (أى الذى تصعب عليه
الرؤية فى الظلام) تقدر
شهادته بخبر كبير ، ومن حيث
الإمكانات الذهنية وبصفة
خاصة قدرته على الملاحظة
واستجماع صورة متكاملة عما
عائنه ومقدرته على التذكر ،
ومن الوجهة الإجتماعية إذ يجب
أن يعطى القاضى اهتماماً
لسمعة الشاهد ومدى تأصل
القيم الدينية والأخلاقية لديه
ونوع صلتهم بالمتهم أما إذا تعدد
الشهود فتمتعة تفرقة بين إذا
اتفقوا فى شهادتهم أم إختلفوا
فإذا اتفقوا على قول واحد ولم
يكن ثمة سبب إستظهره القاضى
يفسر هذا الإتفاق من تأمر أو
خضوع لإيعاء مشترك فإنه
يجب قيمة كبيرة لهذه الشهادة
فإن إختلفوا فعلى القاضى
أن يمسسهم إلى فئتين تبعاً
لما يوصيه أفراد كل فئة من ثقة
وأن يرجع قول الفئة ذات الثقة
الأكبر ولو كان عدد أفرادها
أقل ، ومن أهم ما يعين القاضى
على تقدير الشهادة ملاحظة حال

الشاهد وقت إدلائه بها ورده على الأسئلة التي توجه إليه ومدى هدوئه وإطمئنانه وثقته بنفسه (٨٢).

ولا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيما قد تقتنع به من شهادة وما لا تقتنع به ولا تكون هذه الأخيرة ملزمة ببيان سبب إقتناعها لأن سببه معروف لدى القانون وهو إطمئنانها إلى ما أخذت به وعدم إطمئنانها إلى ما أطرحت منها .

متى يكون عدم سماع الشهود مبطلاً للمحاكمة ؟

الأصل في الأحكام الجنائية أن تبني على التحقيقات الشفوية التي تجريها المحكمة بالجلسة في مواجهة المتهم وتسمع فيها الشهود ما دام سماعهم ممكناً فإذا كانت المحكمة قد أسست حكمها على أقوال الشهود بالتحقيقات الابتدائية دون أن تبين السبب في عدم سماعهم بالجلسة ودون أن تجري أى تحقيق في الدعوى فإن حكمها يكون باطلاً (٨٤).

لذا قضى بأن الحكم على المتهم دون سماع الشاهد الوحيد

فى الدعوى مبطل لإجراءات المحاكمة ما دام المتهم طلب سماعهم كما أن عدم سماع شهود الدعوى مبطل لإجراءات المحاكمة حتى ولو تنازل محامى المتهم عن سماعه محرراً مضطراً لقبول ما رآته المحكمة من نظر الدعوى بغير سماع شهود (٨٥) ، وإن على المحكمة الاستئنافية أى تجيب المتهم إلى سماع الشهود أمامها حتى ولو كان قد تنازل عن سماعهم أمام المحكمة الابتدائية فالمحكمة الاستئنافية درجة فى موضوع الدعوى وقانونها معاً لذا يجوز أن تشار أمامها ولو لأول مرة جميع طلبات التحقيق والدفع الموضوعية والقانونية بل أن إثارة أى دفع قانونى أو موضوعى أمام المحكمة الجزئية لا يفنى عن إثارته من جديد أمام المحكمة الاستئنافية (٨٦).

وبأن المحاكمة تبطل إذا لم تستمع المحكمة للشهود لعدم الاستدلال عليهم ثم تبين أن أحدهم لم يعلن وكان يمكن سماعه بالتالى (٨٧).

وللخصوم أن يطلبوا سماع شهود معينين فى وقائع معينة

إذ أن الشهادة هى الطريق الطبيعى للإثبات فى المواد الجنائية لذا كثيراً ما يكون رفض سماعهم دون مبرر سبباً موجباً أيضاً لبطلان المحاكمة للإخلال بحق الدفاع وقد يضاف إلى البطلان للخطأ الجوهرى فى الإجراءات مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه ، ومن ذلك أن يسمع الشاهد أمام محكمة أول درجة فى غيبة المتهم ثم يتمسك هذا الأخير أمام درجتى التقاضى بوجوب سماعه فى حضرة فلا يجب إلى طلبه (٨٨) كما حكم بأنه يعد إخلالاً بحق الدفاع أن ترفض المحكمة سماع شاهد على أساس إفتراض أنه سيؤيد شاهد آخر وأن ما قرره هذا الشاهد غير صحيح ، وينبغى أن يكون طلب سماع الشاهد أو إعادة سماعه جازماً وصريحاً حتى لو طلب الدفاع أصلياً البراءة واحتياطياً التأجيل لسماع شاهد الإثبات ومناقشته فيما أهداه من دفاع أمام المحكمة فإن هذا يعتبر طلباً جازماً تلتزم المحكمة بإجابه متى كانت لم تنته إلى القضاء بالبراءة ، وتزول الدفاع فى أول الأمر عن تحقيق طلب

معين لا يسلبه حقه في العدول عن ذلك التمسك وإعادة المطالبة بتحقيق هذا الطلب ما دامت المرافعة ما زالت دائرة (٨٩)

ويكون سماع الشاهد غير الملحق واجباً إذا كان وجوده غير مجعود أو كانت تفرضه الظروف بحيث لا يكون ثمة منظمة في إجتهاده أو إختلاق وجوده وإلا كان الإعراض عن سماعه حكماً كما مسبقاً على شهادته الى لم تسمع وإنكاراً لكل حق للمتهم في التمسك بأى دفاع جديد لمحض أنه جديد مع أن المحكمة هي ملازمة الأخير في إبداء ما يعين له من أوجه الدفاع وطلبات التحقيق المنتجة في الدعوى (٩٠)

الفصل الثالث

نصب الخبراء

إنتداب الخبراء من وسائل البحث المهمة في المسائل الجنائية وإعمال الخبرة متنوعة (٩١) ، وللمحكمة سواء من تلقاء نفسها أم بناء على طلب الخصوم أن تعين خبيراً واحداً أو أكثر في الدعوى (٩٢م) إجراءات كما إن لها منطلق

الحرية في أن تختار الخبير من خبراء المجلد الذي أوجب قانون الخبراء عمله في كل محكمة من محاكم الإستئناف والمحاكم الابتدائية والذي تضعه لجنة الخبراء أمام كل محكمة من هذه المحاكم (مواد من ٣ إلى ٣٠ من قانون الخبراء) أو من غيرهم دون أن تقتيد إلا بما تراه أكثر تحقيقاً للمهمة المطلوب النذب فيها .

وما يتصل بحق الخصوم في إثبات التهمة أو نفيها حقهم في طلب نذب خبير لبحث مسألة فنية إذ الخبرة من الطرق المألوفة في الإثبات الجنائي (٩٢) ، وتسرى القواعد الخاصة بوجود تحديد موعد لتقديم التقرير كتابة وحق التهم في الإستعانة بخبير إستشاري وجواز رد الخبير إذا وجدت أسباب قوية تدعو لذلك (٨٦م إلى ٨٩) إجراءات .

والخبير هو كل شخص له الإلمام خاص بأى علم أو فن .

وينبغي على الخبير المنتدب أن يباشر المأمورية بنفسه فليس له أن يحيلها من قبله على خبير آخر إنما إذا إقتضى الأمر

الإستعانة بأخصائى آخر للقيام بعمل مادي يمتد دون تدخل منه في إبداء الرأى فله ذلك .

فلمطبيب المنتدب لفحص المصاب أن يطلب صورة بالأشعة لمكان الإصابة من طبيب الأشعة ، وللخبير المنتدب لفحص آثار معينة أن يستعين بشخص فنى في رفعها ونقلها بحالتها إلى حيث يمكن فحصها وهكذا .

الطيرة في مرحلة التحقيق الابتدائي

قد يتطلب التحقيق الإبتعانة بأهل الخبرة فأباح القانون ذلك للمحقق سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم ، والخبرة هي طلب الرأى في تأكيد واقعة وإستخلاص نتائج متى تطلب ذلك معرفة فنية عملية أو نظرية لا تتوافر للمحقق بحكم تكوينه وعمله ومن ثم يلجأ المحقق إلى أهل الخبرة (٩٣)

ويجب على الخبراء أن يحلفوا يميناً أمام المحقق أن يمسدوا رأيهم باللمة (٨٦م) ولا محل ليمين الخبرة إذا كان الخبير قد سبق الحلف عند تقريره أمام

المحاكم أو عند بدء ممارسته مهنته كالتبيب الشرعى .

وإذا إنتدب خبير لإثبات حالة مكان أوجب القانون على المحقق الحضور وقت العمل وملاحظته أما إذا إقتضى الأمر إثبات الحالة بدون حضوره نظراً إلى ضرورة القيام بأعمال تحضيرية أو تجارب متكررة أو لأى سبب آخر وجب على المحقق أن يصدر أمراً يبين فيه أنواع التحقيقات وما يراد إثبات حالته ، ويجوز للخبير أن يؤدى مأموريته بغير حضور الخصوم (م ٨٥) إجراءات .

ويجب على الخبير أن يقدم تقريره كتابة فى الميعاد المحدد له وإلا فالمحقق أن يستبدل به خبيراً آخر (م ٨٧) ، وللمتهم أن يقدم ما شاء من تقارير من الخبراء الإستشاريين إذا لم يقتضى الأمر إطلاعاً على الأوراق إما إذا إقتضى الأمر ذلك فيطلب تمكينه من الإطلاع عليها وعلى سائر ما سبق تقديمه إلى الخبير المنتدب من قبل المحقق وعلى هذا الأخير إجابته إلى ذلك لم يترتب عليه تأخير السير فى الدعوى (م ٨٨) .

ولا يعفى الخبير الإستشارى فى هذه الحالة من حلف اليمين^(٩٤)

وللمشخصوم رد الخبير إذا قامت أسباب قوية تدعو لذلك ويقدم طلب الرد إلى المحقق للفصل فيه متضمناً الأسباب وعلى الأخير الفصل فيه فى مدة ثلاثة أيام من تقديمه وترتب على هذا الطلب عدم إستمرار الخبير فى عمله إلا فى حالة الإستعجال بأمر المحقق (م ٨٩) ، وأسباب الرد يترك تقديرها لسلطة التحقيق .

الخبرة على مرحلة التحقيق النهائي:

وللمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أن تأمر بإعلان الخبراء ليقدموا إيضاحات بالجلسة عن التقارير المقدمة منهم فى التحقيق الإبتدائى أو أمام المحكمة (م ٩٣) ، وقد وردت قواعد تدب الخبراء فى مرحلة التحقيق الإبتدائى فى المواد من ٨٥ إلى ٨٩ إجراءات ولم يرد ما يقابلها أو يحيل عليها فى نصوص التحقيق النهائى ومع ذلك فقد أجمع الفقه والقضاء فى مصر وفى فرنسا إلى بيان

تلك القواعد أمام المحاكم^(٩٥) (ونحن بالتالى نحيل إلى ما سبق أن تناولنا بالبحث عن الخبرة فى مرحلة التحقيق الإبتدائى أو عند الكلام عن الخبرة بوجه عام) .

تقدير رأى الخبير :

المحكمة غير مقبذة بتقرير الخبير فلها أن تأخذ به أو لا تأخذ بحسب مدى إقتناعها بصواب الأسباب التى بنى عليها أو الإعتراضات الى وجهت إليه فإن ذلك يدخل فى حدود سلطتها التقديرية ولها أن تأخذ برأى خبير دون آخر أو بجزء من تقريره دون غيره أو تفاضل بين تقارير الخبراء إذا تعددوا وتأخذ بما تراه وتطرح ما عداها كما لها أن تأخذ بالتقرير ولو لم يكن يقينياً بل بنى على الترجيح فحسب إذا كانت وقائع لدعوى بالإضافة إليه تؤدى إلى إقتناعها بما ورد به وبعبارة أخرى لها أن تهجم فى حكمها بما لم يجهز به الخبير فى تقريره^(٩٦)

وقيام طبيب آخر من قسم الطب الشرعى بتوقيع الكشف على التهمة غير رئيسه الذى ندبته المحكمة لا يؤثر فى

والقانون (١٠٧) ، وإستناد المحكمة إلى التقرير الفني المقدم في الدعوى يفيد إطراحها للتقرير الإستشاري المقدم فيها وليس بإلزام أن ترد على هذا التقرير (١٠٨) .

وما يقترحه الخبير من إثبات لواقعة على نحو معين هو قول من وجهة نظر فنية بعته ولى غياب وجهة النظر القانونية التي لا إختصاص للخبير بها ومن ثم كانت مهمة القاضي " الرقابة القانونية للرأي الفني " وكان القاضي " هو الخبير الأعلى في الدعوى " (١٠٩) .

إلا أنه لا يجوز الأخذ بتقرير أحد الخبراء دون تمكن صاحب المصلحة من الرد على ما جاء فيه وإلا كان ذلك إخلالاً بحق الدفاع ببطل الحكم (١١٠) .

متى بعد رفض نذب خبير أو مناقشته ببطل للمحاكمة ؟

كما يتصل بحق الخصوم في إثبات التهمة أو نفيها حتم في طلب نذب خبير لبحث أية مسألة فنية ، والخبرة من الطرق المألوفة في الإثبات في المواد الجنائية إلا أن المحكمة غير مقيدة بحسب الأصل بنذب خبير

أداء مهمته (١١١) ، ولذلك قد رأى البعض من الفقهاء إعطاء قوة إلزامية لتقرير الخبير ولكننا نميل إلى ترجيح وجهة نظر الدكتور محمود نجيب حسنى بعدم صواب هذه الإجهادات فنبداً الإقتناع القضائي يجب أن يطبق على جميع الأدلة ومنه بينها الخبرة .

ولا تشرى على المحكمة إذ هي أخذت بتقرير الخبير بصدد أمر لم يكن محل طلب منها إذ ما دام المندوب قد إكتشف أثناء أو تحجابه الفنية ما يفيد في كشف الحقيقة فمن واجبه أن يشته لا على أساس إتصاله إتصلاً وثيقاً بالمأمورية المندوب لها وأن النذب يشمله بطبيعة الحال بل على أساس إن أخبار جهات الإختصاص بكل ما يفيد الحقيقة في المسائل الجنائية واجب على كل إنسان والمحكمة تقدر الدليل المستمد من ذلك بجميع الظروف المحيطة به كما تفعل بالنسبة إلى سائر الأدلة (١١٢) .

ولا تلتزم المحكمة بنذب خبير آخر ولا بإعادة المهمة إلى ذات الخبير ما دام إسنادهما سليماً لا يجافى المنطق

سلامة الحكم ما دام إن المحكمة قد إطمأنت إلى عمله وإلى ما ذكره كبير الأطباء الشرعيين من أن توقيع الكشف قد تم بحضوره وتحت إشرافه وما دام تقدير الدليل موكولاً إليها (١١٣) .

وقد ذهب رأى إلسى أن للمحكمة أن تستند في طرح رأى الخبير في المسألة الفنية بشهادة الشهود (١١٤) حين لا يصح تفنيد رأى الخبير الفني في مسألة فنية - مثل رأى مدير مستشفى الأمراض العقلية عن حالة أحد شهود الإثبات - بشهادة الشهود وإلا تكون المحكمة قد أخلت بحق الدفاع وأسست حكمها على أسباب لا تحمله (١١٥) .

ويغلب أن يمسلم القاضي بما خلص إليه الخبير في تقديره ويبنى حكمه على أساسه وهذا التصرف منطقي من القاضي فالغرض إن رأي الخبير ورد في موضوع فنى لا إختصاص للقاضي به وليس من شأن ثقافته القانونية أو خبرته القضائية أن تتيح له الفصل فيه وبالإضافة إلى ذلك فهو الذى إنتدب بالخبير ووثق فيه وراقب

إذا هي رأت من الأدلة المقدمة في الدعوى ما يكفي للفصل فيها دون حاجة إلى تدبيرة (١٠٦)

وفي غير هذا النطاق قد يكون عدم إجابة الدفاع إلى طلبه إخلالاً بحقه سواء أنصب الطلب على نذب خبير أم على استدعاء الخبير المنتدب لمناقشته في تقريره فإذا كان طلب نذب خبير لتحقيق دفاع جوهرى هو من الطلبات الهامة لتعلقه بتحقيق الدعوى لإظهار وجه الحق فيها وجب على المحكمة أن تجيبه إليه أو أن ترفضه بناء على أسباب مبررة وإلا كان الحكم معيباً لقصوره في البيان الواجب (١٠٧) ، وكذلك إذا طلب المتهم استدعاء الطبيب الشرعى لمناقشته في مسألة فنية فليس للمحكمة أن ترفض هذا الطلب وتفصل في هذه المسألة المراد مناقشته فيها برأيها لأن ذلك يكون إخلالاً بحق الدفاع (١٠٨) ، وإذا قررت المحكمة استدعاء الخبير المهندس في حادثة سيارة لمناقشته ثم تعذر إعلائه وطلب المتهم استدعاء خبير آخر فليس للمحكمة أن ترفض هذا الطلب وتعتمد على ما جاء بذلك التقرير (١٠٩)

وإذا طلب المتهم إستيضاح الطبيب الشرعى عن مبلغ إدراك المجنى عليه وتقييمه بعد إصابته وعما إذا كان بمقدوره أن يحضر ذاكرته ويرى ضاربه فليس للمحكمة أن تطرح هذا الطلب اعتماداً على رواية متقولة عن المجنى عليه نفسه بعد إصابته لأنه يجب تحقيق ذلك عن طريق فنى (١١٠)

وفي الجملة فإنه لا يسوغ تستند في رخص ما قال به الخبير الفنى إلى معلومات شخصية بل يتعين عليها إذا ما ساورها الشك فيما قرره الخبير أن تستجلى الأمر بالاستعانة بغيره من أهل الخبرة ما دام من المسائل الفنية البحتة التى لا يصح للمحكمة أن تحل محل الخبير فيها (١١١)

الفصل الرابع

المحرمات

قد يكون المحرم منطقياً على جسم الجريمة كما هي الحال في التزوير والتشديد الكتابى والبلاغ الكاذب كما قد يكون مشتملاً على مجرد دليل عليها كخطاب يتضمن اعترافاً من

المتهم أو إقراراً من شاهد عن واقعة معينة والقاعدة إن الأوراق سواء أكانت رسمية أم عرفية ليست لها حجية خاصة في إثبات نفس الواقعة الجنائية فتخضع كأي دليل لمطلق التقدير القاضى (١١٢) ، وبالتالى لا تلغى المحكمة بما هو فى التحقيق الابتدائى أو محاضر جمع الاستدلالات إلا إذا وجد فى القانون نص على خلاف ذلك (م ٣٠٠ إجراءات) فمحاضر التحقيق التى يجرىها ضابط الشرطة أو النيابة وما تحويه من إقرارات المتهمين ومعاينات المحققين وأقوال الشهود هي عناصر إثبات تحتل الجدل أو المناقشة كسائر الأدلة وللخصوم أن يفتندوها دون أن يكونوا ملزمين بسلوك سبيل الطعن بالتزوير. وللمحكمة حسبما ترى أن تأخذ بها أو تطرحها إذا لمسا تظمتن إليها مهما كان نوعها (١١٣)

ولم ذلك يختلف القضاء الجنائى عن المدنى فالقاضى المدنى يؤسس أحكامه وجوباً على قواعد الإثبات المدنية المعروفة دون غيرها فمثلاً إذا أقر لديه أحد الخصوم بتزوير

ورقة معينة يجب عليه أن يحكم بردها ويطلاتها بصرف النظر عن إعتقاده الخاص أو القاضى الجنائى فليس له أن يقضى بإدانة المتهم فى تزوير محصر إلا إذا إقتنع بإرتكابه التزوير بغض النظر عن أقواله ومسلكه فى دفاعه (١١٤) ، ومع ذلك فقد جعل القانون الإجرائى بعض الأوراق حجة بما ورد فيها إلى أن يثبت العكس إما بطريق الطعن بالتزوير وإما بالطرق العادية ولا يجوز للمحكمة - وفقاً للقواعد العامة - أن تستمد إقناعها من ورقة لم تطلع عليها إذ يعد تناقضاً منها أن تدعى الإقتناع بشئ لم تعلم به ، ولا يجوز للمحكمة أن تستمد إقناعها من ورقة إطلعت عليها ولكنها لم تطلع الخصوم عليها ولم تطرحها للمناقشة فى الجلسة إذ يخالف ذلك مبدأ " الشفوية والواجهة " ولا يجوز للمحكمة أن تستمد إقناعها من ورقة حصل عليها مقدمها بطريقة مشروعة كما لو كان سرقها إذ يخالف ذلك قاعدة اشتراط مشروعية الدليل الذى يستند إليه الحكم (١١٥) .

الأوراق ذات الحجية الخاصة:
أولاً: تعتبر المحاضر المحررة فى مواد المخالفات حجة بالنسبة للوقائع التى يشتملها المأمورون المختصون إلى أن يثبت ما ينفيها (م ٣٠١ إجراءات) ولو بغير طريق الطعن بالتزوير ، ويسرى ذلك على جميع مواد المخالفات بغير إستثناء ، ولم يبين القانون كيفية إثبات عكس ما جاء فى هذه المحاضر ومجرد الشك لا يكتفى لإسقاط ما فيها بل يتبقى اعتمادها حتى يثبت ما ينفيها بالشهادة أو بالكتابة أو القرائن بعد تمكينها صاحب المصلحة من ذلك ، والمحكمة من تقرير هذه الحجية الخاصة بمحاضر المخالفات هى رغبة المشرع فى تمكين القاضى من الإعتماد عليها دون حاجة إلى إجراء تحقيق نهائى فيها بما يقتضيه ذلك من سماع شهود من جديد صوتاً لوقته ووقت الشهود من أن يضيق تحقيق وقائع قليلة الأهمية قلما تعلق بذاكرة أحد ، ويشترط أن يكون المحضر صحيحاً صادراً من موظف مختص بتحريره مؤرخاً وموقعاً عليه منه على أن حق المحكمة فى إعتبار هذه

المحاضر حجة ليس مطلقاً فالمحضر لا يكتسب حجية إلا بالنسبة للوقائع المكونة للمخالفة والتى يشتملها المأمور المختص بناء على ما يشاهد بحواسه فلا يكون للمحضر حجية بالنسبة لما يدونه محرر المحضر من أرائه واستنتاجاته فالحجية قاصرة على الوقائع دون تقديرها ولا تمتد هذه الحجية إلى المعلومات التى يذكرها المحرر لنقلها عن الغير وحجية المحضر قاصرة على الوقائع المادية فلا يكون المحضر حجة فى ذاته بإرتكاب المخالفة إذا إقتصر على تقرير إرتكاب المتهم لها دون بيان الأفعال المادية التى وقعت منه ويعتبر من الوقائع المتعلقة بإرتكاب الجريمة إعتراف المتهم أو الشهادة ولكنه لا يعتبر حجة بصحة هذا الإعتراب أو يصدق الشاهد فالمحكمة مطلق التقدير فى ذلك (١١٦) كما أن الحجية لا تمتد إلى الجرائم الأخرى التى قد ثبت فى المحضر مثل جريمة إعتداء المخالف على مأمور الضبط وإصابة أحد المارة بسبب مخالفة وقعت من سائق سيارة وهكذا .

أمام محكمة النقض في صد تحقيق قد تجر به في أوجه الطعن المقدمة إليها (١٧٠) :

والطعن بالتزوير لا يترتب عليه حتماً وجوب السير في تحقيقه كما لا يترتب عليه دائماً إيقاف الدعوى الأصلية لحين الفصل في دعوى التزوير بل أن الجهة المنظورة أمامها الدعوى الأصلية هي التي تقدر هذين الأمرين وتأمّر بما تراه فيهما حسبما تستخلصه من وقائع الدعوى وظروفها (١٧١) .

ويحصل الطعن بتقرير في قلم كتاب المحكمة المنظورة أمامها الدعوى ويجب أن تعين فيه الورقة المطعون فيها بالتزوير والأدلة على تزويرها (م ٢٩٦ إجراءات) ، ولا يمنع ذلك من قبول أدلة أخرى أثناء تحقيق الطعن ، وإذا رأت الجهة المنظورة أمامها الدعوى وجهاً للسير في تحقيق التزوير تحيل الأوراق إلى النيابة العامة ، وتكون إحالة الأوراق إلى النيابة متى بأن للمحكمة أن الطعن بالتزوير مؤسّس على أدلة جديّة ويكون الإيقاف متى بأن لها ضرورة الورقة للفصل في الدعوى (١٧٢) .

بالغرامة والمصادرة في أحوال التهريب تكون قابلة للمعارضة أمام المحكمة التجارية وإنها تعتمد أمام المحكمة بصفة شهادة ، لم يجر التذاعي يكونها مزورة " والمقصود بهذا أن للمحكمة أن تأخذ بما ورد في هذه القرارات دون ما حاجة لإعادة الوقائع إنما إذا لم تطمئن إليها فلها أن ترفض الأخذ بها ولو لم يطعن فيها بالتزوير (١٧٣) .

دعوى التزوير الفرعية :

وضع قانون الإجراءات فصلاً يدعوى التزوير الفرعية أمام القضاء الجنائي قصد به تبسيط إجراءاتها بدلاً من التقيد بأحكام قانون المرافعات في هذا الشأن وما به من قواعد ينطبق هنا سواء أكان الدعوى الأصلية لا زالت في مرحلة التحقيق أم المحاكمة ، ومقتضى هذه القواعد إن للنيابة ولسائر الخصوم في أية حالة كانت عليها الدعوى أن يطعنوا بالتزوير في أية ورقة من أوراق القضية ومقدمة فيها (م ٢٩٥ إجراءات) ، ولو كان ذلك لأول مرة أمام محكمة الاستئناف أو

ثانياً : المحررات التي لا يجوز إثبات عكس ما ورد بها إلا بطريق الطعن بالتزوير فأهمها محاضر الجلسات والأحكام إذا ذكر في إحداها أن إجراء من الإجراءات قد روعي أثناء نظر الدعوى أما إذا لم يذكر فيها ذلك فليصاحب الشأن أن يثبت بكافة الطرق إن هذا الإجراء قد أهمل أو خولف (م ٤٧٠ إجراءات) والخطأ المادي في تدوين محاضر الجلسات لا يستلزم الإلتجاء إلى طريق الطعن بالتزوير ما دام هذا الخطأ واضحاً (١٧٤) .

على أن المحاضر التي قد يحررها القضاء لإثبات ما يقع من الجرائم أمامهم أثناء انعقاد الجلسات لها حجية خاصة فيجوز للمتهمين بهذه الجرائم إبداء دفاعهم على الوجهة التي يرونها مهما تعارض ذلك مع الشايت بتلك المحاضر دون أن يكونوا ملزمين بالطعن فيها بالتزوير (١٧٥) .

ثالثاً : ومن هذه المحررات أيضاً ما نصت عليه المادة (٢٣) من لائحة الجمارك من أن " قرارات اللجنة الجمركية

الفصل الخامس

القرائن

يمكن تعريف الإثبات بالقرائن بأنه هو إستنتاج الواقعة المطلوب إثباتها من واقعة أخرى قام عليها دليل إثبات وفى هذه الحالة يقال أن إثبات الواقعة التى قام عليها الدليل قرينة على ثبوت الواقع التى لم يرد عليها دليل (١١٦) ، ويمكن تعريف القرائن أيضاً بأنها " الصلة " الضرورية التى تنشأ القانون بين وقائع معينة (١١٧) وهى إما قانونية وإما موضوعية .

القرائن القانونية :

القرينة القانونية هى إعفاء من عبء الإثبات (١١٨) فهى تلك المستمدة من نصوص قانونية صريحة وأغلبها قاطع يفيد الخصوم والقاضى معاً فلا يمكن المجادلة فى صحته أو إثبات عكسه ، ومثال ذلك قرينة إنعدام التمييز فى المجنون والصغير غير المميز وبالتالى عدم مسئوليتيهما ، وقرينة الصحة فى الأحكام النهائية فلا يجوز الحكم على خلافا ، وقرينة العلم بالقانون بعد نشره

خصمه شريطة أن تتوافر لدى المتنازل أو المتصالح الأهلية اللازمة لذلك (١١٩) .

ولا تلتزم المحكمة بالسير فى تحقيق التزوير بعد التنازل عنه لكن لها السير فى هذا التحقيق إذا رأت ضرورته لإظهار الحقيقة .

وإذا حكم بتزوير ورقة رسمية كلها أو بعضها تأمر المحكمة التى حكمت بالتزوير بإلغائها أو بتصحيحها حسب الأحوال ويحرم بذلك محضر يؤشر على الورقة بمقتضاه (٢٩٩م إجراءات) .

إثبات التزوير :

يخضع إثبات التزوير وتقدير الأدلة فيه لكافة القواعد التى تحكم نظرية الإثبات الجنائى فهو يثبت بكافة طرق الإثبات كشهادة الشهود ومضاهاة المخطوط بمعرفة المحكمة مباشرة إذا كان التزوير ظاهراً أو معرفة خبير تنديه لهذا الغرض كما يثبت بالإعترافات ويقرآن الأحوال (١٢٥) .

وفى حالة إيقاف الدعوى يقضى فى الحكم والقرار الصادر بعدم وجود تزوير بإلزام مدعى التزوير بغرامة قدرها خمسة وعشرون جنيهاً (٢٩٨م) أما إذا لم يؤمر بإيقاف الدعوى فلا محل للغرامة ولو قضى بعدم وجود التزوير ولا محل للغرامة كذلك إذا حكم ببراءة المتهم بالتزوير أو إذا قررت سلطة التحقيق بأن لا وجه لإقامة الدعوى وكان الحكم أو القرار مبنياً على سبب قانونى مثل إنقضاء دعوى التزوير أو على سبب موضوعى مثل "عدم معرفة الفاعل" أو "عدم كفاية الأدلة" فالنص صريح فى أن الغرامة تكون عند عدم وجود التزوير وهى ما يعنى "عدم الجناية" أو "عدم الصحة" فحسب (١٢٣) ، والحكم بالغرامة وجوبى إذا توافر شرطاه وهما إيقاف الدعوى الأصلية ثم الحكم بعدم وجود التزوير .

وللطاعن بالتزوير التنازل عن طعنه فى أى وقت فليس فى القانون ما يمنع من أن يتنازل الطاعن عن طعنه ويتصالح مع

فى الجريمة الرسمية فلا يجوز الدفع بالجهل به وقرينة علم وقوع الجريمة عند التنازل عن الشكوى أو الطلب فى الأحوال الى يستلزمها فيها القانون أو عند عدم تقديمها فلا يمكن السير فى الدعوى ، وقرينة حالة الإنشغال عند توافر علم الاستفزاز المبين بالمادة ٣٣٧ عقوبات فلا يمكن الحكم بعقوبة الجنائية ، وهكذا .

وأقل هذه القرائن غير قاطع ومن ذلك قرينة الإثبات المستمدة من وجود أجبنى فى بيت مسلم فى المحل المخصص للحريم فى جريمة الزنا (٢٧٦م) عقوبات) وقرينة علم المتهم المحكوم عليه بالحكم الغيابى الصادر ضده إذا أعلن به فى محل إقامته ولم يعلن إلى شخصه لأنه يجوز له إثبات جهله بصدر الحكم بما ينهى عليه من عدم سرىان ميعاد المعارضة من يوم الإعلان بل من يوم العلم الفعلى (٣/٣٩٨م) إجراءات) .

القرائن الموضوعية :

ويطلق عليها غالباً القرائن الفعلية أو القضائية وهى كل إستنتاج لواقعة مجهولة من

واقعة معلومة بحيث يكون الإستنتاج ضرورياً بحكم اللزوم العقلى ، وليس فيها شئ يمكن عده قاطعاً بل أن أمرها كلها متروك لتقدير القاضى وهى من طرق الإثبات الأصلية فى المواد الجنائية (١٢٩) ، والقرائن القضائية هى الدليل غير المباشر وهى المصدر التاريخى للقرائن القانونية ذلك أن الشارع يقرر القرينة القانونية إذا ما لاحظ استقرار القضاء واضطراده على قرينة معينة فيقرر على ذلك وينص عليها فتتحول إلى قرينة قانونية (١٣٠) ، وهى لا حصر لها ومن أمثلتها : وجود بصمة أصبع المتهم فى مكان الجريمة كقرينة على مساهمته فيها أو ظهور علاقات ثراء عليه كقرينة على إختلاسه المال أو تعدد سوابقه فى نوع معين من الجرائم كقرينة تكميلية على ارتكابه الجريمة الجديدة أو وجود إصابات به كقرينة على إشتراك فى المعركة أو طريقة إخفائه المال المسروق كقرينة على العلم بمصدره أو إستعمال سلاح قاتل والتصويب فى مقتل كقرينة على توافر نية القتل أو عدم تنفيذ الإلتزام برد المال موضوع

عقد الأمانة فى المعباد المتفق عليه رغم المألظة بالرد كقرينة على حدوث خيانة الأمانة وهكذا وكل ذلك بشرط أن يعجز المتهم عن تعليل هذه الوقائع تعليلاً مقنعاً .

والفرق بينه وشهادة الشهود إن الإثبات فى الأولى غير مباشر لأنه إستنتاج واقعة من أخرى أما الثانية فالأصل إنها تنصب مباشرة على نفس الواقعة المطلوب إثباتها ، وقد تكون الواقعة بدورها غير مباشرة مستمد منها قرينة من القرائن .

والفرق بين القرائن والدلائل أن الإستنتاج فى الأولى يكون من وقائع تؤدى بالضرورة إليها وبحكم اللزوم العقلى فلا تقبل تأويلاً آخر مقبولاً ومن ثم يصح أن تكون القرائن وحدها دليلاً كافياً للإدانة ولو فى قتل عمد ما دام الرأى المستخلص منها مستساغاً (١٣١) حين إن الثانية لا يكون الإستنتاج فيها لازماً بل قد تفسر على أكثر من وجه وتقبل أكثر من احتمال ، ومن ثم لا تكفى وحدها للإدانة حتى وإن كانت تكفى لإتخاذ إجراءات الإستدلال ولتحقيق

الفصل السادس

الأدلة الأخرى

(المعينة وخلافها)

الأدلة التي عاجلناها فيما سبق لم ترد على سبيل المحصر بل على سبيل المثال فحسب ومن ثم فللمحكمة أن تأمر ولو من تلقاء نفسها بتقديم أى دليل تراه لازماً لظهور الحقيقة (م ٢٩١) .

ولم يتكلم القانون على الانتقال وإجراء المعاينة في مرحلة التحقيق النهائي ولعل السبب في هذا الإغفال يرجع إلى أن المحكمة تجد بين أوراق التحقيق الابتدائي محضر معاينة يغنيها عن عادة إعادة معاينة ما تكون المعاينة غير مجدية إذا إستطال الوقت بين وقوع الجريمة ومحاكمة المتهم ، على أن للمحكمة طبقاً للمبدأ العام - إن تنتقل وتجرى معاينة إذا وجدت في ذلك فائدة لظهور الحقيقة وهي تنتقل من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم (١٣٤) ، وتخضع المعاينة هنا لكل ما يخضع له ما عندها من الأدلة فيجب أن تجربها بعد تكمين الخصوم من المحصور وإخطارهم جميعاً بها

الابتدائي كالقبض والتفتيش والحبس الإحتياطي ، وهذه الدلائل لا تدخل تحت حصر أيضاً ويستنتجها القاضي من القاضي من الرقائع الثابتة أمامه فللمحكمة أن تستخلص اشتراك أشخاص في سرقة من وجدهم مع من يضمن المسروقات ساترين معه في الطريق ودخولهم معه في المنزل وإختفائهم فيه (١٣٣) ، والفرق بين القرائن والدلائل قد يكون في بعض الصور قرناً في التقدير بين إنسان وآخر لا أكثر ولا أقل أي فرق موضوعي بحث ، والإستنتاج كثيراً ما يتفاوت تفاوتاً كبيراً بين قاض متحفظ في تقدير الدليل وآخر غير متحفظ فيه خصوصاً عندما تكون قرائن الأحوال وحدها هي المطروحة بين يديهما (١٣٣) .

ولا يخضع تقدير الدليل المستمد من القرائن لرقابة محكمة النقض إلا بقدر ما تبشره هذه من إشراف على سلامة الإستدلال وإستخلاص النتائج من المقدمات وما تتطلبه فيه من أن يكون سوياً متفقاً مع العقل والمنطق السليم ويقدر ما يلزم في الإدانة من أن تكون مبنية على الجزم واليقين لا على مجرد الشك أو الترجيح .

والا كانت باطلة لكن بطلانها نسبي لما حكم بأن الدفع ببطلان معاينة أجريت في غيبة المتهم يجب إيدأؤه قبل سماع أى شاهد وإلا سقط الحق فيه (١٣٥) ، وإذا رفضت المحكمة طلب إجرائها كان عليها أن تسبب ذلك بأسباب مبررة وإلا كان ذلك إخلالاً بحق الدفاع (١٣٦) متى كان هذا الطلب جوهرياً ولازماً للفصل في الدعوى على وجه صحيح .

والمعاينة هي إثبات مباشر ومادئ حالة شيء أو شخص معين ، ويكون من خلال الرؤية أو الفحص المباشر للشيء أو للشخص بواسطة من يباشر الإجراء (١٣٧) ، وقد يكون محل إثبات الحالة شيئاً من الأشياء ويستوى أن يكون الشيء متمثلاً في جسم الجريمة أو آثارها أو وذات المكان الذي وقعت فيه ، وتتم معاينة الأشياء من خلال الانتقال إليها سواء كان ذلك مقصوداً من أجل إثبات الحالة أو عرضاً أثناء تفتيش المنازل ودخولها بوجه قانوني وانتقال المحكمة لإجراء المعاينة - سواء من تلقاء نفسها

القضاء المجرى التنويم المغناطيسى ، ويعتبر الشريط المسجل خلسة بدون رضا أحد المتحدثين وسيلة تهجس غير مشروعة وذلك إلا إذا أجرى الحليث فى محل مفتوح للكافة ودون أى اعتداء على الحرمات (١٤٣) .

المطلب الثانى

حرية القاضى فى تكوين عقيدته

يختلف القاضى الجنائى عن القاضى المدنى فيما يتعلق بالإبتيات فى أن الأول يتمتع بحرية كاملة فى تكوين عقيدته على عكس الثانى فهو مقيد فى الإبتيات بطرق معينة (١٤٤) .

ويأخذ القانون المصرى بمبدأ حرية القاضى الجنائى فى الإقتناع فهو يصدر حكمه تبعاً للعقيدة التى تكونت لديه من الأدلة المطروحة عليه بكامل حريته (م ٣٠٢ إجراءات) (١٤٥) ، ويأخذ الحقيقة التى يشدها من أى موطن يراه فقد تأبى نفسه الأخذ بإقرار المتهم لما يداخله من شك فى صحته وقد يأخذ ببعض الشهادة وينبذ البعض الآخر (١٤٦) .

الأخذ بإستعرااف الكلاب البوليسية كدليل أساسى على ثبوت التهمة (١٤١) .

وهناك من يرى أن محكمة الموضوع لا تملك إجراء التفتيش لأنه من إجراءات التحقيق الإبتدائى فحسب إلا أن إستاذنا الفاضل الدكتور رؤوف عبيد يرى أن المحكمة تملك فى شأن جمع الأدلة ما تملكه سلطات التحقيق الإبتدائى على الأقل (١٤٢) .

فإذا اعتقد قاضى الموضوع إن الدلائل تشير إلى أن جسم الجريمة أو أى دليل فيها لا يزال موجوداً فى مكان معين فلا تشرب عليه أن قام بالتفتيش بنفسه بحثاً عنه إستناداً إلى نص المادة (٢٩١ إجراءات) ، وبعد التقيد بقاعدة حضور الخصوم جميع إجراءات الدعوى وطرح الدليل عليهم فى الجلسة .

إنما ينبغى دائماً أن يكون الدليل مشروعاً ، ولم يعتبر القضاء الفرنسى من الوسائل المشروعة التنويم المغناطيسى ولا تقليد صوت الغير فى محادثة تليفونية حين أجاز

- أو بناء على طلب الخصوم - يتم بإنتقال أعضاء المحكمة بكامل تشكيلها أى بصحبة عضو النيابة وكاتب الجلسة ، وذلك بإعتبار أن الجلسة تكون منعقدة قانوناً فى مكان المعاينة وبالتالى تخضع لكافة القواعد التى تحكم التحقيق النهائى ، وإذا كانت أهمية المعاينة تهدو بوجه خاص فى مرحلة التحقيق الإبتدائى حيث تكون آثار الجريمة واضحة جلية إلا إنه فى بعض الأحوال قد تكون للمعاينة أهميتها فى مرحلة المحاكمة كما إذا كان القصد منها تحقيق دفاع المتهم حول إستحالة رؤية شاهد الإتيات أو شيوع المكان الذى ضبط فيه المخدر (١٢٨) .

وللمحكمة كذلك عرض المتهم على الشهود وليس لعملية العرض من إجراءات معينة يوجب القانون مراعاتها (١٣٩) ولها أن تعتمد على الدليل المستمد من تطابق البصات إذ أن ذلك له قيمته وقوته الإستدلالية ، وهى لها أن تطلب إجراء تجرية الكلب البوليسى أو أن تعيد تجريتها وإن تعزز بها ما بين يديها من أدلة (١٤٠) ، ولكن لا يصح

وهذه القاعدة (حرية
القاضى فى تكوين عقيدته)
سائدة فى الشرائع الحديثة كلها
وهى تقابل نظام الأدلة القانونية
الذى كان سائداً فى العالم فى
العصور الوسطى والقديمة .

ونظام الأدلة القانونية
مقتضاه أن يتقيد القاضى فى
حكمه بالإدانة أو بالبراءة بأنواع
معينة من الأدلة أو يحدده منها
طبقاً لما يرسمه التشريع المطبق
دون يأبه فى ذلك يحدى إقتناع
القاضى بصحة ثبوت الواقعة
أو عدم ثبوتها ، ومن ذلك مثلاً
أن يستلزم عدداً معيناً من
الشهود أو أن يتقيد القاضى
بصفات خاصة فيهم مثل
الذكورة أو المهنة أو ببلوغ سن
معينة أو بصفات خاصة فى
شهادتهم كأن تكون شهادة
رؤية لا سماع ومنبهة على
اليقين لا على الترجيح ومنصة
على نفس الواقعة موضوع
الدعوى دون غيرها أو بعدد من
الأدلة لإمكان الحكم بعقوبات
أخرى وأظهر مثل لنظام الأدلة
القانونية ما كانت عليه
الحال فى فرنسا فى ظل النظام
القديم (١٢٧) ، ومتى توافرت هذه
الأدلة فإن القاضى لا يكون

سند الموقف فى تقدير قيمتها
فى الإثبات بل أن دوره يتمثل
فى مجرد التحقيق من قيامها
ومراقبة توافر شروطها القانونية
لكى يقرر بعد ذلك إقتناعه أو
عدم إقتناعه على ضوء توافر
هذه الأدلة أو عدم توافرها وإذا
فإن عمل القاضى فى هذا
الشأن لا يعدو أن يكون مجرد
عملية حساب رياضية لا دخل
فيها بإقتناعه الشخصى (١٢٨) .

وهكذا كانت الحال فى كثير
من الشرائع وإن اختلفت الصور
والتطبيقات التى لا تمس فى
شئ الفكرة الأساسية فى
النظام .

وقد ظل هذا النظام سائداً
فى العالم أجمع لم تخل منه
شريعة حتى جاءت الثورة
الفرنسية فعدلت عنه الجمعية
التأسيسية عندما أقرت مشروع
قانون بإدخال نظام المحلفين
وقاعدة شفوية المرافعة وفى
نفس الوقت نظام الإثبات
الجنائى المبني على حرية
القاضى فى تكوين إقتناعه
وكان ذلك بتاريخ ١٨ يناير
١٧٩١ ثم إستقر نهائياً فى
تشريع تحقيق الجنابات

الفرنسى الذى وضع فى سنة
١٨٠٨ (١٢٩) ، وأخذ هذا
النظام الجديد ويطلق عليه
أحياناً نظام الأدلة الأدبية أو
نظام حرية الأدلة يسود بعد ذلك
الشرائع الأوروبية التى وضعت
على نسق التشريع الفرنسى
تدريجياً لكن ببطء ملحوظ حتى
لقد ظلت الشرائع الألمانية
والإيطالية والأسبانية متأثرة
بدرجات متفاوتة بالنظام القديم
إلى أواخر القرن التاسع عشر ثم
إستتب الأمر نهائياً له فى
العالم أجمع وانتقل عبر البحار
فساد الشرائع الإبريقية
والأسيوية الواحدة بعد الأخرى
بما فى ذلك الصينية
واليابانية (١٣٠) .

وساعد على إنتشاره
واستتباب الأمر له ظهور الأدلة
العلمية وتقديمها مثل تلك
المستمدة من الطب الشرعى
والتحاليل وتحقيق الشخصية
ومضاهاة الخطوط وغيرها وهى
لا تقبل بطبيعتها إخضاع
القاضى لأى قيود بشأنها بل
يتنبهى أن يترك الأمر فى
تقديرها لمحض إقتناعه خصوصاً
وإنها كثيراً ما تتضارب مع
باقى أدلة الدعوى وذلك فضلاً
عن إحتمال تضارب آراء
المختصين فى شأنها (١٣١)

هذا اليقين هو الذي يولد ثقتنا في عدالة حكم القضاء ، واليقين القضائي ليس هو اليقين الشخصي بل هو اليقين الذي يفرض نفسه على القاضي وعلى كافة من يتطلبون بالاعتدال والمنطق إلى أدلة الدعوى .

وهنا يجب ملاحظة أن الإقتناع بالحقيقة يمر بدرجات مختلفة وفقاً لمراحل التحقيق والحكم . ففي مرحلة التحقيق يكفي مجرد رجحان إدانة المتهم حتى تتقرر إحالته إلى المحكمة أما في مرحلة الحكم فيجب أن يتوافر اليقين التام بالإدانة لا مجرد الترجيح (١٥٥) .

وكثيراً ما تعبر محكمتنا العليا عن هذه القاعدة الأساسية في الشرائع الحديثة ألا وهي قاعدة حرية القاضي في تكوين إقتناعه يمثل قولها « أن أساس الأحكام الجنائية إنما هو حرية قاض الموضوع في تقدير الأدلة في الدعوى فما دام يبين من حكمه إنه لم يقض بالبراءة إلا بعد أن أتم بتلك الأدلة ووزنها فلم يقتنع وجدانه بصحتها فلا تجوز مصادرتة في اعتقاده ولا المجادلة في حكمه

على أن هذا التقدير الحر يجب ألا يصل إلى حد التحكم الكامل فياقتناع القضاء يجب أن ينضج دائماً للعقل والمنطق . فلا يمكن ولا يجوز أن يعني مبدأ الإقتناع الذاتي للقاضي أكثر من هذا ولا يصح أن يكون معناه إطلاق حرية القاضي في أن يحل محل أدلة الإثبات تخميناته ومحض تصوراته الشخصية مهما كانت وجهاتها ، وبناء على ما تقدم فإن حرية التثبت أمر يختلف عن التحكم . فالثبوت الحر يعني أن القاضي حر في تقييم أدلة الإثبات دون قيد غير مراعاة واجبه وليس معناه أن يقضى بما يشاء فهذا هو التحكم بعينه (١٥٤) .

وكذلك عندما يكون القاضي إقتناعه يجب أن يكون إقتناعه مبنى على اليقين فالخصومة الجنائية تهدف إلى معرفة الحقيقة المطلقة مما يقتضى أن يصدر حكم القاضي بالإدانة عن إقتناع يقيني بصحة ما ينتهي إليه من وقائع . فالحقيقة لا يمكن توافرها إلا باليقين لا مجرد الظن والإحتمال ، وبعبارة أخرى فإن اليقين هو أساس الحقيقة القضائية ، وفضلاً عن ذلك فإن

فلا يجوز مطالبة القاضي بالأخذ بدليل معين فالعبرة هي إقتناعه بناء على الأدلة المطروحة عليه فله مطلق الحرية في أن يقر بنفسه الحقيقة التي يقتنع بها وهذا النظام يجري على قضاء التحقيق أسوة بقضاء الحكم على أنه في هذه الحالة ينحصر تقدير قضاء التحقيق في مدى قيمة الأدلة لتقديم المتهم للمحاكمة ويكفي لذلك مجرد ترجيح إدانته (١٥٦)

وأهم ما يعلل مبدأ الإقتناع القضائي (أي حرية القاضي في تكوين عقيدته) أنه يتفق مع أسلوب التفكير العادي والمنطقي في الحياة العادية وفي البحث العلمي إذ لا يقيد الناس تفكيرهم بأدلة معينة وإنما يستقون الحقيقة من أي دليل ، ويكمل هذا المبدأ إلا بتعدد للحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية فإذا وجد القاضي نفسه طليقاً في مجرى الواقع من أي مصدر غير ملتزم بدليل معين يفرض عليه التسليم بما يخالف الواقع فإنه يصل في النهاية إلى قضاء يطابق الحقيقة الواقعية قدر ما يسمح بذلك التفكير البشري (١٥٣) .

أمام محكمة النقض كما لأنه لا يحكم بالإدانة إلا إذا إطمأن ضميره إليها بشرط أن يكون الإطمئنان مستمداً من أدلة قائمة في الدعوى يصح في العقل أن تؤدي إلى ما إقتنع به القاضي ما دام الأمر كذلك فلا تجوز المجادلة في حكمه أمام محكمة النقض^(١٥٦).

وللقاضي حريته في الاعتماد على أي دليل ما دام يؤدي إلى النتيجة التي إنتهى إليها سواء بطريق مباشر أم غير مباشر وبعبارة أخرى أنه لا أن يكمله بالمنطق ويستخلص منه ما هو مؤد إليه حتماً^(١٥٧).

كما قضى بأنه متى إقتنع القاضي - من الأدلة المطروحة أمامه - بأن المتهم ارتكب الجريمة المرفوعة بها الدعوى عليه وجب أن ينزل به العقاب ويكون في حل من عدم الأخذ بدليل النفي ولو تضمنته ورقة رسمية ما دام هذا الدليل غير مقطوع بصحته ويصح في العقل أن يكون مغالفاً للحقيقة^(١٥٨).

وفي النهاية أن القاضي يحكم بحض إقتناعه بحسب ظروف كل دعوى على حده

لا يقيد رأي سبق إن أبداه في دليل قدم إليه هو شخصياً أو لغيره من القضاء في دعوى أخرى ولو تاملت الظروف بين الدعويين أو بين الدليلين ، وقد قابلنا أثناء إستعراض أدلة الإثبات المختلفة في المطلب السابق تطبيقات جمة لكل دليل منها وبيننا كيف أن للمحكمة الكلمة الأخيرة في تقدير الدليل طبقاً لما قد تراه بحسب مدى ملائحته للمنطق المعقول ولفظوف الواقعة محل الإثبات أو النفي فضلاً عن مدى التتام كل ذلك مع باقى الأدلة الأخرى المطروحة في الدعوى " وإن كانت الحال لا تغلر أحياناً من تقيد المحكمة بقيود أشرنا إليها في حينها قبل إلتزامها بالأخذ بالقرائن القانونية القاطعة ، وبحجية بعض المحررات الرسمية مثل محاضر الجلسات إذا ثبت فيها أن إجراءً معيناً قد أتبع ومحاضر المخالفات ما لم يثبت ما يخالفها وهكذا " رقابة محكمة النقض :

لا يخضع تقدير القاضي للأدلة ولحقاً لهذا النظام إلى

رقابة محكمة النقض فليس لها أن تراقبه في تقديره وكل ما لها أن تراقبه هو صحة الأسباب التي إستدل بها على هذا الإقتناع وإستقراء قضاء النقض نجد أنها قد مارست رقابتها على منطق محكمة الموضوع في إستخلاص الدليل . فإشترطت أن تكون النتيجة الى إنتهت إليها تتفق مع العقل والمنطق فالقاضي ، ليس مكلفاً ببيان أسباب إقتناعه الشخصي ولكنه مكلف ببيان أسباب الحكم الذي إنتهى إليه وهو في مقام هذه الأسباب لا يحد أن يذكر الأدلة التي أعتمد عليها . وكانت مصدراً لإقتناعه ولكنه غير مكلف بتحديد علة إقتناعه بهذه الأدلة بالذات فهو مكلف بإثبات بما إقتنع ولكنه غير مطالب بإثبات لماذا إقتنع . وقد تمكنت محكمة النقض عن طريق مراقبتها لصحة الأسباب أن تراقب معقولية إقتناع قاضي الحكم ، والمحكمة العليا محقة في هذه الرقابة لأن الإقتناع المطلوب من القاضي ليس هو الإقتناع بالترجيح أو الاحتمال وإذا هو إقتناع باليقين وإشترط هذا اليقين هو الذي يمكن

الفصل الأول

الإقناع اليقيني بأدلة

صحيحة طرحت للمناقشة

الإقناع اليقيني :

يبنى الحكم الجنائي على الجزم واليقين لا على مجرد الظن أو الترجيح إذ أن الشك يفسر لمصلحة المتهم أخذاً بقاعدة أن الأصل في الإنسان البراءة وهي القاعدة الحكيمة التي عبرت عنها المادة ٦٧ من الدستور بأن " المتهم برئ حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه " ولذا أوجبت المادة ٣٠٤ إجراءات أنه " إذا كانت الواقعة غير ثابتة تحكم المحكمة ببراءة المتهم " فليس للقاضي أن يزس قضاء بالإدانة على ترجيح ثبوت التهمة وإلا كان معيباً يستوجب نقضه ^(١٦١) ، أو على دليل ظني مبنى على مجرد الإحتمال ^(١٦٢) فليس له أن يدين المتهم دون القطع برأى في صحة شهادة شاهد نفيه الذي قال أن المتهم كان معه في وقت الحادث بنقطة الشرطة ^(١٦٣) أو دون القطع بأنه لم يكن في حالة دفاع شرعي ^(١٦٤) .

ضد خطأ القضاء أو تسرعه وتنظيماً لحسن سير العدالة وبعضها عام على جميع الدعاوى الجنائية حين أن بعضها الآخر مقصوراً على دعاوى معينة " كدعوى الزنا " أو على أمور معينة دون غيرها " كإثبات المسائل المدنية أمام المحاكم الجنائية " أو قيود خاصة بأدلة معينة ، وهذه القواعد هي :

الأولى : أن إقناع القاضي ينهض أن يكون يقيناً ومؤسساً على أدلة صحيحة في القانون طرحت للمناقشة في الجلسة " مبدأ شفوية المرافعة " .

الثانية : إن إقناعه بإدانة المتهم في جريمة الزنا مقيد بأدلة معينة نص عليها صراحة قانون العقوبات .

الثالثة : أن إقناعه مقيد في المسائل غير الجنائية بطرق الإثبات الخاصة بها .

الرابعة : ببعض القيود الخاصة بالتزامه بأدلة معينة وسنعالج كل قاعدة من هذه القواعد في فصل على حده .

المحكمة العليا من مراقبة معقولة إستخلاص القاضي من مصدر الدليل ^(١٦٩) .

ذلك في حين يرى الدكتور محمود حسني أنه يترتب على إعتراف الشارع للقاضي بالسلطة في تقدير القيمة الإقناعية لكل دليل على حده والقيمة الإقناعية للأدلة مجتمعة أنه قد أعتبر هذا المجال موضوعاً لسلطة تقديرية كاملة لقاضي الموضوع ويعنى ذلك إعتباره مجالاً مغلقاً دون رقابة محكمة النقض فلا يجوز لها أن تناقش إقناع القاضي فتقول أنه ما كان يجوز له أن يقتنع بدليل معين أو أنه كان يتعين عليه الإقناع بدليل معين ، ولكنه يرى أيضاً أن سلطة محكمة الموضوع ليست مطلقة فيجب ألا يجافى تقديرها للمنطق كما سبق أن بينا ^(١٦٠)

قيود حرية القاضي في تكوين الإقناع

تنظم حرية القاضي الجنائي في تكوين إقناعه قواعد هامة هي بمثابة قيود رسمها الشارع على مبدأ قضاء هذا القاضي بطلاق عقيدته ضماناً للمتهمين

أو دون القطع بتوافر السببية بين الخطأ المسند إليه وإصابة المجنى عليه^(١٦٤) لكن للقاضي أن يؤسس قضاءه بإدانة المتهم على ترجيح فرض على آخر^(١٦٥) كما إذا كان التقرير الطبى مؤسساً على الترجيح فسمح فلا لوم على القاضي إذا هو جزم ذلك بصحة ما رجحه التقرير لإتفاهه مع وقائع الدعوى وباقى أدلتها كما إقتنع بها ولا حاجة لبيان أوجه الترجيح متى كانت الوقائع والأدلة الى سردها تساعد عليه من غير حاجة إلى بيان جديد^(١٦٦).

صحة الدليل :

ينبغي ألا يؤسس القاضي إقتناعه على دليل لحقه سبب يبتطله وبعدم أثره إذ لا يصح أن يبنى حكم صحيح بالإدانة أو بالبراءة على دليل باطل فى القانون .

فيجب أن يكون إقتناع القاضي مبنياً على دليل مستمد من إجراء صحيح فلا يجوز الإستناد إلى دليل أستمد من إجراء باطل وإلا بطل معه الحكم وذلك تطبيقاً لقاعدة

ما ينشئ على الباطل فهو باطل^(١٦٨).

فمن حق القاضي بل من واجبه رفض قبول الدليل المستمد من أوراق تحصل عليها صاحبها عن طريق الجريمة كالسرقة أو النصب أو الخيانة أو خيانة الأمانة أو من دليل جاء نتيجة إجراءات باطلة كأوراق ضبطت لدى المحامى عن المتهم على خلاف القانون أو كدليل مستمد من أقوال شاهد أفشى سر المهنة فى شهادته فى غير الأحوال المصرح بها قانوناً (٣٩٠ م عقوبات) أو كدليل مستمد من قبض أو تفتيش باطلين متى دفع بالبطالان من صاحب الشأن فى الوقت المناسب أو كدليل مستمر من أقوال شاهد أدلى بها تحت تأثير إكراه أو تهديد أيا كان قدره^(١٦٩).

على أنه إذا كان يشترط فى دليل الإدانة أن يكون مشروعاً فقد جرى قضاء محكمة النقض على أن المشروعية ليست بشرط واجب فى دليل البراءة إستناداً إلى حرية المتهم الكاملة فى إختيار وسائل الدفاع^(١٧٠) وينتقد إستاذنا الدكتور رؤوف

عبيد هذا القضاء فيرى أنه فى غير محله من عدة جوانب : منها مخالفته لمبدأ شرعية الدليل فى المواد الجنائية والمدنية على السواء والذى يعد تطبيقاً مباشراً لنص المادة ٣٣٦ إجراءات التى تقضى بأنه " إذا تقرّر بطلان أي إجراء فإنّه يتناول جميع الآثار التى تتربط عليه مباشرة " وهى لا تفرق بين دليل للإدانة وآخر للبراءة ثم أنه ليس للقضاء أن يقر قاعدة أن الغاية تبرر الوسيلة كمبدأ قانونى صحيح وهو إذا أقرها فى خصوص جواز إثبات البراءة بكل السبل فقد يقال فيما بعد أنه حتى التزوير والشهادة الزور وأرهاب الشهود حتى يعدلوا عن أقوالهم تصح كلها أموراً مشروعة لإثبات البراءة ، وهذا ما لا يمكن أن يقول به أحد ولكن ينتهى إليه حتماً منطق هذا القضاء الخطأى^(١٧١) ونحن نؤيد وجهة نظر إستاذنا فى هذا الشأن وما أبداه من نقد لهذا القضاء لنفس الحجج التى ساقها .

وإذا كان هذا هو شأن الدليل فى الحكم الصادر بالبراءة فما بالنا بالدليل الذى يستند عليه

الحكم الصادر بالإدانة فيشترط
إلا يستدل الحكم على ثبوت
الواقعة بدليل باطل في القانون
أى جاء وليد إجراءات معينة
مخالفة للقواعد المختلفة التى
رسمها القانون الإجرامى وحتم
إتباعها فى جميع الإستدلالات
أو فى التحقيق الابتدائى أو
النهائى ، وإلا كان إستدلالاً
فاسداً معيباً ومن ذلك إن
يستدل عنه بما أسفر عنه دليل
تفتيش باطل أو قبض معيب أو
إستجواب مخالف للقانون أو
إعتراف مشوب بأكراه أو محرر
مسروق أو معلومات وصلت إلى
شاهد عن طريق مخالف للنظام
العام أو حسن الآداب كإستراق
السمع أو التجسس من ثقب
الأبواب أو بناء على محضر
مطبوع لا يحمل سمة الجدد ولا
يصالح مأخذ لدليل سليم إلى
آخره .

وإلا لو سمح القانون
للمحكمة أن تستدل بدليل من
هذا الأنواع أو آخر لأصبحت
حبراً على ورق الضمانات التى
فرضها تحقيقاً لإعتبارات عليا
من المحافظة على حرية
المواطنين وكرامتهم وحرمة
مسكنهم وكفالة الثقة المطلوبة

بين الحاكمين والمحكومين فضلاً
عن ثقة المواطنين فى قضائهم
تلك الثقة التى هى أئمن ما
يعتز به مجتمع راق حريص على
حرمت أفرادهم وكرامتهم^(١٧٧)

طرح الدليل فى الجلسة :

منعت المادة ٣٠٢ إجراءات
القاضى من بناء حكمه على
علمه الخاص وعلى أى دليل لم
يطرح أمامه فى الجلسة لأن
القاعدة هى أن لا يحكم إلا بناء
على التحقيقات التى تحصل
بالطرق والشروط القانونية
لا بناء على معلوماته الشخصية
أو بناء على ما يكون قد رآه
بنفسه أو حققه فى غير مجلس
القضاء^(١٧٨) فطرح الدليل
بالجلسة من ضمن الضمانات
التي حرص عليها القانون
فمقتضى إستلزام المادة ٣٠٢
إجراءات أن يكون الدليل المعول
عليه طرح بالفعل فى الجلسة هو
أن يكون ضمن أوراق الدعوى
الموضوعية تحت التصرف والتى
أتيح للخصوم الإطلاع عليها
ومناقشتها فى الجلسة إذا
ما شاؤوا حتى ولو لم يناقشوها
بالفعل^(١٧٩) فلا يسوغ للقاضى
أن يستند فى حكمه على دليل

ليس له أصل فى الأوراق ولم
يحققه فى الجلسة طالما كان
ذلك ممكناً ، ويقع بذلك باطلاً
إذا أسند إلى دليل إستنده
القاضى من معلومات أو من
سماع شهادة شاهد لم تدون
بالأوراق . فالقانون حين إستلزم
وجوب تحرير محضر للجلسة
فإنما فعل ذلك حتى تكون الأدلة
التي يستند إليها الحكم قائمة
وثابتة بأوراق الدعوى متعباً
للتحكم وتحقيقاً للمعادلة فى
نفس الوقت بإعتبار أن القاضى
يمكنه أن يرجع إلى محضر
الجلسة لتقدير شهادة الشاهد
ولم نفس الوقت يمكن هذا
التدوين للمحكمة المطعون
أمامها من تقرير الحكم من
حيث إستخلاصه للأدلة
السائغة ولا يكفى أن يكون
ثابتاً بالأوراق واقعة حصول
الدليل بل يلزم أن يكون
ما إستنده القاضى من هذا
الدليل قائماً فعلاً فى الأوراق
بمعنى أنه لا يكفى أن يكون
مدوناً بمحضر الجلسة شهادة
شاهد إذا كان الحكم قد إستند
إلى بعض أقواله وكانت هذه
الأقوال لم تدون بالمحضر ومع
ذلك فالقاضى ليس ملزماً بأخذ

الدليل بأكمله أو طرحه بأكمله بل من حقه أن يجزئه فيأخذ منه ما يطمئن إليه وي طرح الباقي (١٧٥).

وقاعدة وجوب طرح الدليل في الجملة ما هي في النهاية سوى تطبيق للقاعدة العامة في شفاية المرافعة في المواد الجنائية ، وبوجه خاص هي تطبيق للقاعدة العامة التي نصت عليها المادة ٣٤٠ مرافعات من أنه : « لا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه ، وكذلك لا يجوز قبول أوراق أو مذكرات من أحد الخصوم دون إطلاع الخصم الآخر عليها (١٧٦) ».

ونتيجة لذلك لا يجوز للقاضي أن يستند في حكمه إلى علمه الخاص ، ولكن ليس معنى ذلك أنه لا يجوز له أن يعتمد في قضائه على قواعد الخبرة العامة أو الوقائع المعروفة للكافة . فهذه أو تلك لا تحتاج إلى دليل ويمكن للقاضي الاستناد إليها ويقصد بقواعد الخبرة العامة هي تلك التعريفات والقيم المفترضة

المؤكد ذات المضمون العام الذي لا يرتبط بالحالة المعروضة وظروفها وإنما يكتسب بالمعرفة العلمية ، وأصبح حقيقة مجردة لا تحتاج إلى إثبات ومن أمثلتها : القواعد الهندسية والظواهر الطبيعية كقانون الجاذبية الأرضية وقاعدة تمدد الأجسام الصلبة بالحرارة وجدول الضرب . . . إلخ بينما يقصد بالوقائع العمومية للكافة تلك الوقائع والحوادث الشائعة في المجتمع والتي تدخل في الثقافة العامة لبيئة إجتماعية معينة ويعلمها الكافة كأيام الأعياد ومواعيد إنعقاد الأسواق في القرى وتاريخ حدوث زلزال أو وقوع اضطراب أو شغب عام في ناحية معينة أو معرفة المسافة بين بلدين ... إلخ (١٧٧)

الفصل الثاني

الادلة في جرائم الزنا

يعرف الدكتور أحمد حافظ نور جريمة الزنا بقوله " الزنا هو ارتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج مع توافر القصد الجنائى مع امرأة أو رجل برضاها حال قيام الزوجية فعلاً

أو حكماً " فلا يكون الشخص زانياً إلا إذا كان متزوجاً ، وإذا بحثنا في التشريعات التي تعجرم فعل الزنا وأقوال الشراح فيها حول تعريف هذه الجريمة لوجدناها لا تخرج عن المعنى الذي أخذ به القانونان المصري والفرنسي " فلا يكون الشخص زانياً إلا إذا كان متزوجاً " إذا يريد القانون بالعقاب حماية العلاقة الزوجية بعدم تدنيس فراش الزوجية مما يؤدي إلى قطع العلاقة الزوجية فتنتهز الأسرة التي هي نواه المجتمع أما غير المتزوجين البالغين فقد أهلهم القانون ولم يتعرض لهم بالعقاب باعتبار إن زناهم لا يؤثر في العائلة وإن كان يمس قواعد الأخلاق ولا صلة للقانون بها ما لم يدخل فعلهم تحت نص آخر من نصوص القانون كالفاحش العلني مثلاً (١٧٨) واعتقد إنه يجب على المشرع المصري التدخل لمعالجة هذا القصور ليدخل غير المتزوجين في نطاق القواعد المنطقية على المتزوجين بشأن جريمة الزنا فإذا كان عدم خضوع فعل غير المتزوجين لهذه الجريمة يجد ما يبرره في فرنسا أو في الشرائع

وفيما يلى بيان لهذه الأدلة التى تقبل وحدها فى إثبات التهمة على المتهم بالزنا :

أولاً: التلبس بالجريمة :

يختلف معنى التلبس فى جريمة الزنا عن معناه العادى المنصوص عليه فى المادة ٣٠ من قانون الإجراءات ، وكذلك يختلف الغرض من التلبس فى الحالتين ففى المادة ٣٠ الغرض من التلبس هو بيان الأحوال الى يجوز فيها لمأمور الضبطية القضائية إجراء التحقيق أو يجوز للنيابة العامة إتخاذ إجراءات خاصة فى التحقيق لا تتخذ فى غير حالة التلبس .

ومعروف أن معنى التلبس العادى أو العام هو أن يشاهد المجرم وقت ارتكابه الجريمة أو عقب ارتكابهها بهرجه يسيرة أو إذا تبعه المجرم عليه أو العامة بالصياح أو إذا كان حاملاً أشياء أو به علامات كل ذلك عقب وقوعها بهرجه يسيرة ، وقد عرفه بعضهم بأنه التقارب الزمنى بين وقوع الفعل المنهى عن إتيانه وبين الكشف عنه أو التلبس الذى يعطينا فى جريمة الزنا أو القبول كدليل ضد

الجريمة ويبرأ شريكها لأنه لم يتسافر ضده الدليل القانونى (١٨٠) .

وإذا كان هذا رأى الشائع فقها وقضاء إلا أن أستاذنا الدكتور رؤف عبيد يلاحظ عليه إنه متعارض مع صريح نص المادة ٢٧٦ التى تتحدث عن " المتهم بالزنا " وهو وصف يصدق على شريك الزوجة الزانية كما يصدق - من باب أولى - على الزوجة الزانية ولا إجتهد مع وضوح النص خصوصاً فيما يمس إلى المتهم (١٨١) .

وأياً كان التأويل الصحيح للمادة ٢٧٦ فقد ذهبت محكمة النقض إلى أنه برجه عام " يجب على القاضى فى مثل هذه المواد المخلة بالعرض والشرف ألا يقبل مطلق دليل ولا أن يؤول الوقائع تأويلاً فى مصلحة الإتهام بل يجب عليه الاعتراف مع القانون بأنها مما يجب التحرج الشديد فى قبول أدلتها وفى إستنتاج النتائج من وقائعها أخذاً بتلك القاعدة الحكيمة وهى قاعدة درء الحدود بالشبهات (١٨٢) .

الأوروبية والغربية فما لا شك فيه أننا مجتمع شرقى وإسلامى يستوى فى نظر أفرادنا أن يقع فعل الزنا من متزوج أو غير متزوج لتوقيع العقاب عليه تحت هذا الوصف وإلا كانت العدالة قياسية وتأذت المشاعر الإنسانية !

ونصت المادة ٢٧٦ عقوبات على أن " الأدلة التى تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هى القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو إعترافه أو وجود مكاتب أو أوراق أخرى مكتوبة منه أو وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم " فيبطل الحكم بإدائته إذا أعتمد فيها على أدلة أخرى (١٧٩) .

وتقيد الأدلة على هذا النحو يقرره القانون بالنسبة لشريك الزوجة الزانية فقط أما الزوجة نفسها فتخضع للقاعدة العامة من حيث جواز ثبوت زناها بأية وسيلة وكذلك يخضع الزوج الزانى وشريكه لهذه القاعدة العامة ، ويترتب على الإختلاف بين وضع الزوجة ووضع شريكها من حيث الإثبات جواز أن تدان الزوجة لإقتناع القاضى بإتكابها

ولا يغنى عن إقرار الشريك على نفسه إقرار الزوجة على نفسها وعلى شريكها وذلك لأنه قد يكون هذا الإقرار الأخير نتيجة تدبير سابق بين الزوجة والشريك المزعوم للحصول على حكم بالطلاق أو بين الزوجة وزوجها للحصول من الشريك على تعويض (١٨٨) ، ويستوى صدور هذا الإقرار أمام مأمور الضبط القضائي أو في مرحلة التحقيق أو المحاكمة (١٨٩) .

ثالثاً: المكاتيب والأوراق

ويقصد بهذا الدليل أن يصدر من الشريك خطابات أو أوراق مكتوبة بخطه أو موقعاً عليها منه أحد الأمرين فقط يكفي : الكتابة أو التوقيع متى ثبت للقاضي أنها صادرة منه أو كان إقراراً أمام قاضي التحقيق أو أحد رجال الضبطية القضائية متى كان موقعاً عليه منه ، ويجب لإمكان إثبات صدور الأوراق من الشريك إحالتها إلى خبير الخطوط في حالة ما إذا لم يثبت هذا الأمر بشهادة الشهود والقرائن ، ولا ضرورة لأن تكون تلك

مأمور الضبط القضائي ، ويجوز إثباتها بشهادة الشهود بل يجوز للقاضي أن يكون اعتقاده بوجودها من جميع طرق الإثبات العادية ، وقد لاحظ أحد الشراح المصريين " الأستاذ راغب عطيه " على أحكام القضاء المتعلق بالتلبس إن المعنى الذي أخذ به هذا القضاء في خصوص جريمة الزنا معنى واسع بحيث يشمل حالات ليس من المؤكد وقوع الزنا بها وإن كان ظاهر الوقائع يدل على وقوعه (١٨٩) .

ويلاحظ أن تقدير المواد بحالة التلبس أمر موضوعي إلا أن إعتبار الواقعة تلبساً بالمعنى القانوني يخضع لرقابة محكمة النقض (١٨٧) .

ثانياً الإقرار

المقصود هو إقرار الشريك أو بوجه عام المتهم بالزنا على نفسه . فالإقرار لا يسرى على حق الشريك إذا صدر من الزوجة على نفسها وعليه فهو لا يؤخذ إلا بإقراره هو على نفسه إقراراً صادراً عن إرادة حرة عجيبة (١٨٨) .

الشريك من الأدلة الأربعة المذكورة على سبيل المحصر لاعتقاده أن تكون المرأة وشريكها في حالة تقطع بحصول الزنا ولا تدع مجالاً للشك في وقوعه سواء تم هذا عن طريق رؤيتهما أو سماعهما (١٨٣) .

فالتلبس بالجريمة من نوعين : تلبس حقيقي أو فعلي ويتم بالمشاهدة . وتلبس حكمي ويتم بمشاهدة أدلة الجريمة بالجاني عقب وقوعها بوقت قريب (١٨٤) ، وتطبيقاً للتلبس الحكمي قضت محكمة النقض بأنه تكفى أن يكون شريك الزانية قد شوهد معها في ظروف لا تدع مجالاً للشك عقلاً بأن الزنا قد وقع (١٨٥) .

والفرق واضحاً بين الظروف المكونة لحالة التلبس وبين طرق الإثبات التي يمكن بواسطتها إقامة الدليل على هذه الحالة فيجب عدم الخلط بينهما . إذ أن كل ما أوجب القانون لمعاقبة الشريك هو مفاجأته حين تلبسه بالجريمة ولكنه لم يرد حصراً أو تحديداً لطرق إثبات التلبس بالجريمة فلا يجب مثلاً أن تكون حالة التلبس يحاضر بحوزها

وقد حكم بأنه إذا كانت الزوجة غصبى من زوجها ومقيمة فى منزل خاص لم يسأكنها فيه الزوج فوجود أجنبى فى منزلها لا يكون دليلاً على الزنا ، وجاء فى حكم محكمة النقض إن هذه الأدلة ضد الشريك جاءت على سبيل الحصر ولا تقبل القياس ، ومن هذه الأدلة وجود المتهم فى منزل مسلم فإذا وجدت التهمة نفسها فى منزل المتهم فلا يعتبر هذا دليلاً بذاته على ارتكاب الزنا .

أما الحكمة فى التقيد بلفظ مسلم فهمى أن العرف قد جرى عند المسلمين بأن المحل المخصص للحريم لا يدخله أجنبى فإذا دخل الشخص المتهم فى منزل غير مسلم لا يكون دخوله هذا قرينة عليه بالزنا فى نظر المشرع ولكن هذا لا يمنع من أن يعتبر دخوله هذا تلبساً إذا عززته ظروف أخرى (١٩٩) .

الفصل الثالث

الأدلة فى المسائل غير الجنائية

قد يستلزم الفصل فى الدعوى الجنائية أن يفصل القاضى فى مسألة غير جنائية

للزواج أن يستولى ولو خلصة على ما يعتقد وجوده من وسائل العشيق فى حقيقة زوجته الموجودة فى بيته وتحت بصره (١٩٣) .

رابعاً : تواجد الشريك فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم :

أضيف هذا الدليل عند تعديل قانون العقوبات فى سنة ١٩٠٤ مراعاة للتمشى مع عرف البلاد ودينها الرسمى وهو الإسلام (١٩٤) ، ووجود المتهم فى المكان المخصص للحريم فى منزل الشخص المسلم لم يخرج عن كونه قرينة قانونية على ارتكاب الزنا وإنما هو قرينة غير قاطعة تقبل إثبات العكس فتسقط إذا أثبت المتهم أن وجوده كان بسبب آخر كما إذا كان صانعاً يجرى إصلاحات فى البيت مثلاً ، وقد حكم بأن المراد بمنزل مسلم إنما هو منزل الرجل المسلم الذى يقيم فيه مع زوجته ملاحظاً عادات المسلمين فى منع غير ذى محرم من الدخول إلى المحل المخصص للحريم كما تدل على ذلك تسمية محرم وحريم (١٩٥) .

المكاتيب متضمنة إعترافاً صريحاً بوقوع جريمة الزنا بل يكفى أن يكون فيها ما يدل على ذلك . أما تلك الخطابات الصادرة من الزوجة إلى شريكها وتعليقه عليها منه وتلك الخطابات المرسلة من الشريك ولكنها ليست مكتوبة منه فلا تصلح دليلاً على الإشتراك (١٩١) هذا وإن كان بعض قضاء النقض الحديث لم يستلزم صدور المكاتيب من شريك الزوجة الزانية بل اكتفى بصدورها منها هى إذا اقتنعت محكمة الموضوع بصحة دلالتها على حصول الزنا مع باقى الأدلة والقرائن الأخرى القائمة فى الدعوى ، وقد حكم بأن ضبط صورة لدى الزوجة تمثلها مع شخص غريب فى وضع مريب لا ينهض دليلاً على الزنا فضلاً عن أن الصورة ليست كتابة وليست صادرة من الشريك نفسه (١٩٢) .

ويشترط أن يكون الحصول على المكاتيب والأوراق بطريقة مشرعة سواء فى إثبات الجريمة على المتهم بالزنا أم على شريكه وعلى التهمة بالزنا أو على شريكها هذا وقد حكم بأن

ضرورة للحكم في الدعوى ، وذلك يحدث حينما يكون المشرح قد جعل من عناصر الجريمة مواد مدنية أو تجارية أو أحوال شخصية بأن أدخل في الواقعة الإجرامية عناصر قانونية تنتسب لفرع آخر من فروع القانون ، ومثال ذلك الملكية في السرقة والعقود الخاصة التي تقوم عليها جريمة خيانة الأمانة والزوجية في جريمة الزنا والشيك في جريمة إصدار شيك بدون رصيد وصفة التاجر في جريمة التفالس بالتدليس أو التصيير ففي جميع هذه الأمثلة قد يشير المتهم دعواً يتعلق بتلك العناصر القانونية للواقعة والتي تدخل في محيط الفروع الأخرى .

ويتعين على القاضي أن يفصل فيها طالما أن الحكم في الدعوى الجنائية يتوقف عليها ، ومن هنا فقد لزم القانون القاضي الجنائي في فصله في تلك المواد غير الجنائية أن يتبع طرق الإثبات الخاصة بها فلا يجوز للقاضي الجنائي أن يلجأ في إثبات الزوجية بشهادة الشهود طالما كان القانون قد نظم طرقاً معينة لإثباتها كذلك

لا يجوز له إثبات الملكية المتعلقة بعقارات بشهادة الشهود كما إنه يلتزم أيضاً بطرق الإثبات المقررة في القانون المدني بالنسبة للعقود التي تقوم عليها جريمة خيانة الأمانة (١٩٧) . فقد أوجبت المادة ٢٥ إجراءات أن " تتبع المحاكم الجنائية في المسائل غير الجنائية التي تفصل فيها تبعاً للدعوى الجنائية طرق الإثبات المقررة في القانون الخاص بتلك المسائل " وهذه المادة تقرر مبدأ مستقراً في قضائنا منذ زمن بعيد لأن المسائل الأولية المختلفة التي قد تثار أمام القضاء الجنائي وتكون غير جنائية لا ينبغي أن يتغير حكم القانون فيها وفي إثباتها بحسب الجهة التي طرحت عليها ، وإليه إذا قيل بغير ذلك لكان للمدعى المدني أن يتهرب من قيود الإثبات المدنية بإختيار الطريق الجنائي كلما أمكنه ذلك (١٩٨) .

والتقيد بقواعد القانون المدني في الإثبات مقصورة على العناصر المدنية البهتة وكذلك المسائل الفرعية التي قد يتعرض لها القاضي الجنائي واستثناء من قاعدة الإيقاف

(١٩٩) الوجوبى أو الجوازى مثل مسائل الأحوال الشخصية إذا انقضت المدة الى حدها لصاحب الشأن دون أن يتصدر حكماً فيها من الجهة المختصة بها أما فيما يتعلق بإثبات عناصر الجريمة المختلفة مثل الفعل المادى أو السببية بينه وبين النتيجة أو القصد الجنائى أو الضرر إذا لم يكن ركناً مفترضاً فهو يخضع للقواعد العامة في الإثبات الجنائى وكذلك الشأن أيضاً إذا لم تكن الواقعة المدنية عنصر من عناصر الجريمة بل مجرد دليل إستدل به المحكمة على ثبوتها ومن ذلك أن تكون الجريمة سرقة وأن تعول المحكمة على شهادة الشهود ولو كانت قيمتها تزيد على ما يجوز فيه الإثبات بالبينة (٢٠٠) أو أن تكون الجريمة هي إخفاء أشياء مسروقة فتعول المحكمة على بخص ثمن الشراء - ولو تجاوز عشرين جنيهاً لإثبات توافر العلم بمصدر الشيء المسروق على الرغم من عدم وجود محرر بالثمن (٢٠١) .

وإذا كان الفعل المادى عبارة عن نفس واقعة التعاقد فلا محل أيضاً لتقيد بقيود الإثبات

المدنية . ذلك أن إثبات عدم مشروعية العقد أو الغش نحو القانون عما يجوز إثباته بكافة الطرق بما فيها البيئة والقرائن . فمن باب أولى إذا وصل عدم المشروعية أو الغش في القانون إلي حد الخسوع لأحكام قانون العقوبات فضلاً عن توافر مانع حينئذ من الحصول على كتابة بسبب خوف المتعاقدين أو أحدهما من الوقوع تحت طائلة العقاب .

ومن ثم يجوز بكافة الطرق إثبات قيمة القروض وفوائدها الحقيقية المتفق عليها في جرائم الإعتياد على الأقراض بالربا الفاحش بالغة ما بلغت قيمتها ولو بإثبات عكس المكتوب بالبيئة والقرائن كما يجوز ذلك إذا كانت واقعة التعاقد تستر في حقيقتها إتفاقاً جنائياً على ارتكاب جريمة أو تهريباً على ارتكابها أو تعاملاً في مواد مخدرة .

أو في نقود مزيفة أو تستمر نصيباً أو ابتزاز مال بالتهديد وهكذا الشأن كلما كانت الواقعة المدنية تكون عملاً غير مشروع أو أية جريمة من الجرائم (٢٠٢) .

وكذلك قبل محكمتنا العليا إلى القول بأن المحكمة الجنائية تكون في حل من التقيد بقواعد الإثبات المدنية عند القضاء بالبراءة ، لأن القانون لا يقيدها بتلك القواعد إلا عند الإدانة إحتياطياً لمصلحة المتهم حتى لا تقرر مسئوليته وعقابه إلا بناء على الدليل المعتبر في القانون ولا كذلك البراءة لإنتفاء موجب تلك الحيلة وإسلاسل المقصود الشارع في ألا يعاقب برى مهما توافر في حقه من ظواهر الإدانة (٢٠٣) .

الفصل الرابع

بعض القيود الخاصة بالقاضي بأدلة معينة

ومن القيود الخاصة بأدلة معينة إلزام القاضي بأن يأخذ بالقرائن القانونية القاطعة فلا يحكم على غير مقتضاها مثل قرينة الصحة في الأحكام النهائية فلا يجوز الحكم على خلالتها وذلك في نطاق القواعد العامة التي تنظم حجية الأحكام مثل قرينة العلم بالقانون بعد نشره في الجريدة الرسمية فلا يقبل الدفع بالجهل به ولو إقتنع بصحته ، ومثل قرينة

حالة الإنفعال عند توافر علز الإستقرار المبين بالمادة ٢٣٧ عقوبات فلا يمكن الحكم بعقوبة الجنائية ، وهكذا وليست كذلك الحال في القرائن الفعلية حيث أن تقديرها متروك كلياً للقاض بغير معقب عليه من أحد إلا في النطاق الذي تراقب فيه محكمة النقض المسائل الموضوعية (٢٠٤)

ومن القيود الخاصة بأدلة معينة أيضاً إلزام القاضي بحجية بعض المعطيات الرسمية مثل محاضر الجلسات والأحكام إذا ثبت فيها أن إجراء معين قد إتبع ولم يثبت ما يخالف ذلك بطريق الطعن بالتزوير ، ومحاضر المخالفات ما لم يثبت ما يخالفها بأي طريق من طرق الإثبات (٢٠٥) .

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث أدلة الإثبات الجنائية المختلفة لما لها من أهمية بالغة في هذا الشأن سواء من ناحية الثبوت أم من ناحية النفي تقابل كل المشتغلين بهذا الفرع من القانون سواء كان محققاً أم قاضياً أم مدافعاً عن متهم فالإقتناع بثبوت التهمة

كانت الأخرى فما أنا إلا بشراً يحاول أن يجتهد ويخطئ. ويصيب .

ونعتذر عما صادفنا من عقبات حالت دون الإستزادة فى طرح المواقف الفقهية على صعيد هذا الضرب من البحوث يتصدرها ضيق الوقت وضيق المساحة المسموح لنا بإستغلالها فى بحوث الدراسات العليا ، إلا أن تلك الموقفات لا ينبغي لها أن تشبط همتنا على هذا الصعيد أو أن تأخذ سبيلاً لها لتبرير هذا القصور ولكنها بعد كل هذا وذاك حقائق لا يمكن إغفالها فى خاتمة كل جهد أو محاولة علمية .

والله ولى التوفيق ...

حرية القاضى فى تكوين عقيدته ، ولكن توجد قيود على هذه القاعدة ضماناً للمتهمين ضد خطأ القضاء أو تسرعه وتنظيماً لحسن سير العدالة وبعضها عام على جميع الدعاوى الجنائية فى حين أن بعضها الآخر مقصور على دعاوى معينة " كدعوى الزنا " أو على أمور معينة دون غيرها " كإثبات المسائل المدنية أمام المحاكم الجنائية " أو قيود خاصة بأدلة معينة " .

وأخيراً أدعى الكمال لبحثى فالكمال لله وعده فما هذا البحث إلا لبنه فى بناء ... ومحاولة نرجو الله أن تحظى بالتوفيق فإن كنت قد وفقت فمن فضل الله على ، وإن

يجب أن يكون مبنى على اليقين لا على الحدس والتخمين فإن كان هناك شك فى أدلة الإتهام يجب أن يطلق سراح المتهم وعلى أية حال خيراً أن يبرأ المسمى من أن يدان البرىء خطأ أو تسرعاً فهذا الفرض الأخير تأباه قواعد العدالة كما يأباه الشعور العام لدى الكافة ... ولقد وضع لنا هذا المبدأ فى أجل معانيه من خلال تناولنا لموضوع هذا البحث خاصة فى مرحلة المحاكمة وعند إقتناع القاضى بشبوت التهمة وتكوين عقيدته فى الدعوى .

كما تناولنا بالبحث مدى حرية القاضى فى تكوين إقتناعه ورأينا أن القاعدة هى

من لزم الإستغفار جعل الله له من كل ضيق مخرجاً ، ومن كل هم فرجاً ، ورزقه الله من حيث لا يحتسب .
« حديث شريف »

مصادر

مصادر

مصادر

مصادر

مصادر

مصادر

مصادر

مصادر

مصادر

مصادر

مصادر

مصادر

مصادر البحث

- ١- مبادئ الإجراءات الجنائية للدكتور / رؤف عبيد.
- ٢- ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق للدكتور / رؤف عبيد.
- ٣- الوسيط في الإجراءات الجنائية للدكتور / أحمد فتحي سرور .
- ٤- شرح قانون الإجراءات الجنائية للدكتور / محمود محمود مصطفى .
- ٥- الإجراءات الجنائية في التشريع المصري للدكتور / مأمون محمد سلامة .
- ٦- إقرار المتهم للدكتور/ سامي صادق الملا .
- ٧- شرح قانون الإجراءات الجنائية للدكتور / سامي صادق الملا .
- ٨- شرح قانون الإجراءات الجنائية للدكتور / عادل محمد فريد توره .
- ٩- حجية الأوراق الرسمية والعرفية وطرق الطعن بالتزوير للمستشار / محمد أحمد عابدين .
- ٩- الإجراءات الجنائية للدكتور / محمود نجيب حسنى .
- ١٠- جريمة الزنا في القانون المصري والمقارن للدكتور / أحمد حافظ نور .
- ١١- أصول الإجراءات الجنائية للدكتور / حسن صادق المرصاوى .
- ١٢- بعض أحكام النقض .

مصادر

مصادر

مصادر

مصادر

مصادر

مصادر

مصادر

مصادر

مصادر

مصادر

مصادر

مصادر

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

- (١) أستاذنا الدكتور رؤوف عبيد : ضوابط تسبیب الأحكام الجنائية - الطبعة الثانية - ١٩٧٧ - ص ٧٨ .
- (٢) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشر - ص ٥٨٧ .
- (٣) د. عادل محمد فريد قنوة - الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية ص ٨٧ .
- (٤) د. رؤوف عبيد - " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشر ص ٥٨٨ .
- (٥) نقض ١٩٤٩/١١/٨ أحكام النقض ص ١ رقم ١٥ ص ٢٤ .
- (٦) نقض ١٩٤٩/١٢/٢٠ أحكام النقض ص ١ رقم ٦٨ ص ١٩٦ .
- (٧) د. عادل محمد فريد قنوة - الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية الجزء الثاني ص ٨٧ .
- (٨) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشر ص ٥٨٩ .
- (٩) نقض ١٩٦٧/٥/١٥ أحكام النقض ص ١٨ رقم ١٢٧ ص ٦٥١ .
- (١٠) نقض ١٩٤٩/١١/٢٢ المحاماة ص ٣٠ رقم ٢٦٤ ص ٤٦٤ .
- (١١) نقض ١٩٥٥/٤/٢٦ أحكام النقض ص ٦ رقم ٢٨٥ ص ٩٣٧ .
- (١٢) ١٩٥٧/٣/٢٦ ص ٨ رقم ٨٣ ص ٢٨٨ .
- (١٣) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشر ص ٥٨٩ .
- (١٤) نقض ١٩٦٥/٣/٢٩ أحكام النقض ص ١٦ رقم ٢٩٨ ص ٢٩٨ .
- ١٩٧٠/١/١٢ رقم ٢٠ ص ٨٠ .
- (١٥) نقض ١٩٥٤/١/١٨ أحكام النقض ص ٥ رقم ٨٦ ص ٢٥٩ .
- (١٦) نقض ١٩٥٥/٤/١٦ أحكام النقض ص ٦ رقم ٢٧٧ ص ٩٢٩ .
- (١٧) " ضوابط تسبیب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق " الطبعة الثانية ص ٣٧١ .
- (١٨) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشر ص ٥٩٠ .
- (١٩) د. محمود محمود بسيوني " شرح قانون الإجراءات الجنائية " الطبعة التاسعة ١٩٦٤ ص ٤٣٤ .
- (٢٠) نقض ١٩٥٦/٥/٢٨ أحكام النقض ص ١١٨ رقم ١١٨ ص ٧٨٤ .
- (٢١) د. رؤوف عبيد " المرجع السابق " ص ٥٩١ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(٢٢) د. رؤوف عبيد " المرجع السابق " ص ٥٩١ .

(٢٣) د. سامي صادق الملا " إقرار المتهم " الطبعة الثانية ١٩٧٥ ص ٢٥ .

(٢٤) د. سامي صادق الملا " إقرار المتهم " الطبعة الثانية ١٩٧٥ ص ٢٥ .

(٢٥) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " ص ٤٣٧ .

(٢٦) د. رؤوف عبيد " ضوابط تسبب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق " طبعة ١٩٧٧ ص ٣٩٣ .

(٢٧) د. عادل محمد فريد قسوة " الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية " الجزء الثاني ص ٨٩ .

(٢٨) نقض ١٩٥٩/٢/٢٧ أحكام النقض ص ١ وقم ١١٩ ص ٣٥٦ .

(٢٩) نقض ١٩٥٠/١/١ أحكام النقض ص ٢ وقم ١٧٣ ص ٤٥٩ .

(٣٠) نقض ١٩٥٥/١٢/٢٢ أحكام النقض ص ٦ وقم ٦٣ ص ٨٨٥ .

(٣١) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " ص ٤٣٢ ، ٤٣٣ .

(٣٢) د. أحمد فتحي سرور " الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة ١٩٨١ ص ٤٢٩ .

(٣٣) د. سامي صادق الملا " إقرار المتهم " ص ٢٩٢ .

(٣٤) د. سامي صادق الملا " المرجع السابق " ص ٢٨٧ .

(٣٥) د. أحمد فتحي سرور " الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية الطبعة الرابعة ١٩٨١ ص ٤٢٢ .

(٣٦) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجسرامات الجنائية " الطبعة الرابعة عشر ص ٥٩٢ .

(٣٧) د. أحمد فتحي سرور " المرجع السابق ص ٣٩٧ .

(٣٨) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " ص ٤٢٥ .

(٣٩) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشر ص ٥٩٣ .

(٤٠) د. أحمد فتحي سرور " المرجع السابق " ص ٣٩٧ .

(٤١) د. محمود محمود مصطفى " شرح قانون الإجراءات الجنائية " الطبعة التاسعة ١٩٦٤ ص ٤٢٥ .

(٤٢) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " ص ٤٢٦ .

(٤٣) د. عادل فريد قسوة " الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية " ص ١١٧ .

(٤٤) د. أحمد فتحي سرور " المرجع السابق " ص ٣٩٩ .

(٤٥) د. أحمد فتحي سرور " المرجع السابق " ص ٣٧ .

مواضع

مواضع

مواضع

مواضع

مواضع

مواضع

مواضع

مواضع

مواضع

مواضع

مواضع

مواضع

مواضع

مواضع

مواضع

مواضع

مواضع

مواضع

مواضع

مواضع

مواضع

مواضع

مواضع

مواضع

(٤٦) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشر ص ٥٩٥ .

(٤٧) د. محمود محمود مصطفى " شرح قانون الإجراءات الجنائية " الطبعة التاسعة ص ٤٠٨ .

(٤٨) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشر ص ٣٨٩ .

(٤٩) د. عادل فريد قنوة " شرح قانون الإجراءات الجنائية " ص ١٢٥ .

(٥٠) نقض ١٩٦٥/٣/١ أحكام النقض ص ١٦ رقم ٤٠ ص ١٧٧ .

(٥١) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص ٣٨٩ .

(٥٢) د. عادل فريد قنوة " الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية " ص ١٢٧ .

(٥٣) د. أحمد فتحي سرور " المرجع السابق " ص ٣٨٥ .

(٥٤) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " ص ٤٠٩ .

(٥٥) د. أحمد فتحي سرور " المرجع السابق " ص ٣٨٣ ، ٣٨٤ .

(٥٦) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشر ص ٥٩٥ هامش .

(٥٧) د. عادل فريد قنوة " الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية " ص ١٢٥ .

(٥٨) د. محمود مصطفى " المرجع السابق " ص ٤١٥ .

(٥٩) د. أحمد فتحي سرور " المرجع السابق " ص ٣٨٢ ، ٣٨٤ .

(٦٠) د. رؤوف عبيد " ضوابط تسبيب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق " طبعة ٢ - ١٩٧٧ ، ص ٢١٨ ، ٢١٩ .

(٦١) نقض ١٩٦١/١٧/٧ أحكام النقض ص ١٧ رقم ٧٧ ص ٣٢٤ .

(٦٢) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشر ص ٥٩٦ .

(٦٣) د. عادل فريد قنوة " الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية " ص ١٢٧ .

(٦٤) د. أحمد فتحي سرور " المرجع السابق " ص ٣٨٩ .

(٦٥) د. محمود نجيب حسني " شرح قانون الإجراءات الجنائية ١٩٨٢ " ص ٤٦٨ .

(٦٦) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة السابقة ص ٥٩٧ .

(٦٧) نقض ١٩٥٤/٤/٢٠ أحكام النقض ص ٥ رقم ١٨٥ ص ٥٤٦ .

(٦٨) د. عادل فريد قنوة " الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجنائية " ص ١٢٧ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(٦٩) د. رؤوف عبيد " ضوابط تسمييب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق " - ١٩٧٧ ص ٣٩٨ .

(٧٠) نقض ١٩٦٠/١١/٢٨ أحكام النقض س ١١ رقم ١٦٤ ص ٨٤٨ .

(٧١) د. محمود نجيب حسنى " شرح قانون الإجراءات الجنائية " ١٩٨٢ ص ٤٧١ .

(٧٢) د. محمود محمود مصطفى " شرح قانون الإجراءات الجنائية " الطبعة التاسعة ص ٤٢٤ .

(٧٣) د. محمود نجيب حسنى " شرح قانون الإجراءات الجنائية " ١٩٨٢ ص ٤٦٨ ، ٤٦٩ .

(٧٤) د. رؤوف عبيد " ضوابط تسمييب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق " الطبعة الثانية ص ٢١٦ .

(٧٥) نقض ١٩٥١/١/١٥ أحكام النقض س ٢ رقم ١٨٨ ص ٤٩٩ .

(٧٦) د. رؤوف عبيد " ضوابط تسمييب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق " الطبعة الثانية " ص ١٨٠ .

(٧٧) نقض ١٩٥١/٢/١٩ أحكام النقض س ٣ رقم ٢٤٧ ص ٦٤٩ .

(٧٨) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص ٦٠١ .

(٧٩) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص ٦٠٢ .

(٨٠) نقض ١٩٧٠/١/١٦ أحكام النقض س ٢١ رقم ٤٢ ص ١٧٦ .

(٨١) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " ص ٣٩٥ .

(٨٢) د. رؤوف عبيد " ضوابط تسمييب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق " ص ٢٣٠ .

(٨٣) د. عادل فريد قنوة " المرجع السابق " ص ١٠٩ .

(٨٤) د. عادل فريد قنوة " المرجع السابق " ص ١١٢ .

(٨٥) د. عادل فريد قنوة " المرجع السابق " ص ١١٢ .

(٨٦) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " ص ٦٠٥ .

(٨٧) د. حسن صادق المرصفاوى " قانون الإجراءات الجنائية " ص ٦٨٩ .

(٨٨) د. عادل فريد قنوة " المرجع السابق " ص ١١٥ .

(٨٩) نقض ١٩٥١/٤/٢ أحكام النقض س ٢ رقم ٣٣٣ ص ٩٠٢ .

(٩٠) د. محمود نجيب حسنى " المرجع السابق " ص ٤٩٣ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

- (٩١) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " ص ٤٠٠ .
- (٩٢) د. حسن صادق المرصفاوي " قانون الإجراءات الجنائية " ص ٦٨٥ .
- (٩٣) د. حسن صادق المرصفاوي " قانون الإجراءات الجنائية " ص ٦٩٣ .
- (٩٤) د. محمود نجيب حسني " المرجع السابق " ص ٤٩١ .
- (٩٥) نقض ١٩٤٦/٣/١٢ القواعد القانونية ج ٧ رقم ١٤ ص ٩٢ .
- (٩٦) د. رؤوف عبيد " ضوابط تشييب الأحكام الجنائية " ص ٧٣٠ .
- (٩٧) نقض أحكام النقض ص ٢ رقم ٤٢٨ ص ١١٨٣ .
- (٩٨) نقض ١٩٥١/٥/١٤ أحكام النقض ص ٢ رقم ٣٦٩ ص ١٥٨٧ .
- (٩٩) نقض ١٩٤٩/١٢/١٣ أحكام النقض ص ١ رقم ١٣ ص ١٥٩ .
- (١٠٠) نقض ١٩٤٩/١١/٨ أحكام النقض ص ١ رقم ١٩ ص ٥٣ .
- (١٠١) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " ص ٦٠٧ .
- (١٠٢) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " ص ٤٠٢ .
- (١٠٣) نقض ١٩٤٣/١/١١ القواعد القانونية ج ٦ رقم ٦٠ ص ٩٥ .
- (١٠٤) نقض ١٩٤٥/٤/٢٣ القواعد القانونية ج ٦ رقم ٥٦ ص ٧١٣ .
- (١٠٥) د. محمود نجيب حسني " قانون الإجراءات الجنائية " ١٩٨٢ ص ٤٩٥ .
- (١٠٦) د. محمود محمود حسني " المرجع السابق " ص ٤٠٦ .
- (١٠٧) نقض ١٩٦٣/٥/٢٧ أحكام النقض ص ١٤ رقم ٨٩ ص ٤٥٦ .
- (١٠٨) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " ص ٦١٠ .
- (١٠٩) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " ص ٦١١ .
- (١١٠) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " الطبعة السابقة ص ٣٦٦ .
- (١١١) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " الطبعة السابقة ص ٣٦٦ .
- (١١٢) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " ص ٦١٢ .
- (١١٣) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " ص ٦١٢ .
- (١١٤) المستشار محمد أحمد عابدين " حجية الأوراق الرسمية والعرفية وطرق الطعن بالتزوير " ص ٣٨ .
- (١١٥) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص ٦١٢ .
- (١١٦) د. محمود نجيب حسني " المرجع السابق " ص ٤٩٨ .
- (١١٧) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " الطبعة السابقة ص ٣٨٩ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١١٨) نقض ١٩٩١/٥/١٤ أحكام النقض من ٢ رقم ٣٦٩ ص ١٥٨٧ .

(١١٩) د. محمود نجيب حسنى " المرجع السابق " ص ٥٠٠ .

(١٢٠) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص ٦١٤ .

(١٢١) د. محمود نجيب حسنى " المرجع السابق " ص ٥٠١ .

(١٢٢) نقض ١٩٥١/١١/٢٧ أحكام النقض من ٦ رقم ٤٨ ص ١٤٢ .

(١٢٣) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " الطبعة السابقة ص ٣٩٠ .

(١٢٤) د. رؤوف عبيد " المرجع السابق " ص ٦١٥ .

(١٢٥) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " ص ٣٥٤ .

(١٢٦) نقض ١٩٧٤/٥/٢٥ أحكام النقض من ٥ رقم ٣٣٧ ص ٧١٤ .

(١٢٧) نقض ١٩٥١/٥/٢٨ أحكام النقض من ٢ رقم ٤١٩ ص ١١٤٩ .

(١٢٨) د. أحمد فتحى سرور " الوسيط فى قانون الإجراءات الجنائية الجزء الأول والثانى ص ٣٤٨ .

(١٢٩) د. أحمد فتحى سرور " المرجع السابق " ص ٣٥٠ .

(١٣٠) نقض ١٩٥٠/١/٩ أحكام النقض من ٢ رقم ٦ ص ١٥ .

(١٣١) نقض ١٩٥٣/٦/٢٣ أحكام النقض رقم ٨٣٦ ص ٢٧٣ .

(١٣٢) نقض ١٩٥٤/٣/٢٩ أحكام النقض من ٥ رقم ١٤٦ ص ٤٢٢ .

(١٣٣) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " ص ٦١٧ .

(١٣٤) نقض ١٩٦٥/١١/٩ أحكام النقض من ١٦ رقم ١٥٨ ص ٨٢٧ .

(١٣٥) د. مأمون محمد سلامة " الإجراءات الجنائية فى التشريع المصرى " الجزء الثانى ١٩٧٧ ص ١٠٨ .

(١٣٦) د. عادل فريد قنوة " المرجع السابق " ص ١٨٩ .

(١٣٧) د. محمود محمود مصطفى " المرجع السابق " ص ٣٤٣ .

(١٣٨) د. رؤوف عبيد " ضوابط تسييب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف فى التحقيق " ص ٣٨٩ .

(١٣٩) د. أحمد فتحى سرور " المرجع السابق " ص ٤٩٥ .

(١٤٠) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص ٦١٩ .

(١٤١) د. رؤوف عبيد " ضوابط تسييب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف فى التحقيق " الطبعة الثانية ١٩٧٧ ص ٣٩١ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١٤٢) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة الجزء الأول والثاني ص ٤٩٧ .

(١٤٣) د. أحمد فتحي سرور " المرجع السابق " الطبعة الرابعة الجزء الأول والثاني ص ٤٩٧ .

(١٤٤) د. محمود نجيب حسنى " شرح قانون الإجراءات الجنائية " ١٩٨٢ ص ٤٢٧ .

(١٤٥) د. أحمد فتحي سرور " المرجع السابق " ص ٤٩٦ .

(١٤٦) د. أحمد فتحي سرور " المرجع السابق " ص ٤٩٣ .

(١٤٧) نقض ١٩٥٣/٦/٨ أحكام النقض من ٣ رقم ٣٤١ ص ٩٤٨ .

(١٤٨) نقض ١٩٥٠/٤/٢٤ أحكام النقض من ١ رقم ١١٣ ص ٥٣٢ .

(١٤٩) نقض ١٩٥٩/٤/٢١ أحكام النقض من ١٠ رقم ١٠٣ ص ٤٧٣ .

(١٥٠) د. أحمد فتحي سرور " المرجع السابق " ص ٤٩٨ .

(١٥١) د. محمود نجيب حسنى " المرجع السابق " ص ٤٣٩ .

(١٥٢) نقض ١٩٤٦/٤/١٥ القواعد القانونية ج ٧ رقم ١٣٩ ص ١٢٤ .

(١٥٣) نقض ١٩٥٨/٣/١٧ أحكام النقض من ٩ رقم ٨١ ص ٢٩٤ .

(١٥٤) نقض ١٩٥٠/١٠/١٦ أحكام النقض من ٢ رقم ١٧ ص ٤٠ .

(١٥٥) نقض ١٩٤٥/٥/١٥ القواعد القانونية ج ٦ رقم ٤٥ ص ٥٩٣ .

(١٥٦) نقض ١٩٤٢/١٢/٧ القواعد القانونية ج ٦ رقم ٣٣ ص ٥٠ .

(١٥٧) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص ٦٢٣ .

(١٥٨) د. رؤوف عبيد " المرجع السابق " ص ٦٢٣ .

(١٥٩) د. " مأمون محمد سلامة " الإجراءات الجنائية في التشريع المصرى الجزء الثانى ص ١١١ .

(١٦٠) نقض ١٩٧٠/٦/١٤ أحكام النقض من ٢١ رقم ٢٠٦ ص ٨٧٤ .

(١٦١) د. عادل فريد لوزة " المرجع السابق " ص ١٩٤ .

(١٦٢) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص ٦٢٤ .

(١٦٣) د. رؤوف عبيد " ضوابط تسيبب الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق " الطبعة الثانية ص ٥٠٠ .

(١٦٤) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص ٦٢٥ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١٦٥) د. رؤف عبىء " ضوابط تسبىب الأحكام وأوامر التصرف فى التحقىق الطبعة الثانية ص ٥٠٩ .

(١٦٦) د. مأمن محمد سلامة " المرجع السابق " ص ١٠٨ .

(١٦٧) د. رؤف عبىء " المرجع السابق " ص ٥٠٥ .

(١٦٨) د. أحمء حافظ نور " جرمة الزنا فى القانون المصرى والمقارن " ١٠ ص ١٩٥٨ .

(١٦٩) د. أحمء حافظ نور " جرمة الزنا فى القانون المصرى والمقارن " ١٠ ص ١٩٥٨ .

(١٧٠) د. رؤف عبىء " ضوابط تسبىب الأحكام الجنائىة وأوامر التصرف فى التحقىق الطبعة الثانية ص ٤١٤ .

(١٧١) د. مسموء نجىب حسنى : شرح قانون الإجراءاات الجنائىسة " ١٩٨٧ ص ٤٤٦ .

(١٧٢) د. رؤف عبىء : " مبادئ الإجراءاات الجنائىة " الطبعة الرابعة عشرة ص ٦٢٥ .

(١٧٣) نقض ١٩٤٠/١٢/١١ القواعد القانونىة ج ٢ رقم ١٢٩ ص ١٥٥ .

(١٧٤) د. أحمء حافظ نور " المرجع السابق " ص ٣٠٥ .

(١٧٥) د. أحمء فتحى سرور " المرجع السابق " ص ٥٠٩ .

وأبضاً د. عاءل فرىء قسورة " المرجع السابق " ص ٢٠١ .

(١٧٦) نقض ١٩٤٠/١٢/١١ القواعد القانونىة ج ٢ رقم ١٢٩ ص ١٥٥ .

(١٧٧) د. أحمء حافظ نور " المرجع السابق " ص ٣١٠ .

(١٧٨) د. أحمء فتحى سرور " المرجع السابق " ص ٥١٠ .

(١٧٩) د. أحمء حافظ نور " المرجع السابق " ص ٣١٣ .

(١٨٠) رأبضاً د. عاءل فرىء قسورة " المرجع السابق " ص ٢٠١ .

(١٨١) د. رؤف عبىء " مبادئ الإجراءاات الجنائىة " الطبعة الرابعة عشرة ص ٦٢٦ .

(١٨٢) د. أحمء فتحى سرور " المرجع السابق " ص ٥١٠ .

(١٨٣) د. أحمء حافظ نور " المرجع السابق " ص ٣١٧ .

(١٨٤) د. رؤف عبىء : مبادئ الإجراءاات الجنائىة " الطبعة الرابعة عشرة ص ٦٢٧ .

(١٨٥) نقض ١٩٤١/٥/١٩ القواعد القانونىة " ج ٥ رقم ٢٥٩ ص ٤٧١ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١٨٦) د. أحمد فتحي سرور " المرجع السابق " ص ٥١١ .

(١٨٧) د. أحمد حافظ نور " المرجع السابق " ص ٣٢١ .

(١٨٨) د. أحمد حافظ نور " المرجع السابق " ص ٣٢٣ .

(١٨٩) د. مزمون محمد سلامة " المرجع السابق " ص ١١٥ .

(١٩٠) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص ٦٢٨ .

(١٩١) د. رؤوف عبيد " ضوابط تصنيف الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق " الطبعة الثانية ص ٤١٤ .

١ (١٩٢) نقض ١٩٤١/١/٢٧ القواعد القانونية ج ٥ رقم ١٩٩ ص ٣٨٠ .

(١٩٣) د. رؤوف عبيد " مبادئ الإجراءات الجنائية " الطبعة الرابعة عشرة ص ٦٣٠ ، د. عادل فريد قسوة " المرجع السابق " ص ١٩٨ .

(١٩٤) د. رؤوف عبيد " المرجع السابق " ص ٦٣١ .

(١٩٥) نقض ١٩٦٠/٣/٣١ أحكام النقض ص ٢٠ رقم ٩٢ ص ٤٣٣ .

(١٩٦) د. رؤوف عبيد " ضوابط تصنيف الأحكام الجنائية وأوامر التصرف في التحقيق " الطبعة الثانية ص ٤١٥ .

(١٩٧) د. أحمد فتحي سرور " المرجع السابق " ص ٥٠٥ إلى ٥٠٦ .

(١٩٨) د. مأمون محمد سلامة " المرجع السابق " الجزء الثاني ص ١١٨ .

مقدمة - تقسيم:

من مساهمات الفقه والقضاء - فى مجال العقود الإدارية - خلق نظرية ظروف الطوارئ الطارئة - التى تستهدف تحقيق - بقدر الإمكان - التوازن بين الأعباء التى تحملها المتعاقد مع الإدارة ، ومن الزايبا التى ينتفع بها . على اعتبار أن العقد الإدارى يكون فى مجموعه كلاً من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين .

ومناطق أعمال هذه النظرية أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإدارى حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية لم تكن فى حسابان المتعاقد عند إبرام العقد ، ولا يملك لها دعواً وأن يكون من شأنها أن تنزل به خسارة فادحة تختل معها إقتصادات العقد إخلالاً جسيماً وأن تكون من عمل مهمة إدارية غير الجهة الإدارية

المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر ، ونتيجة ذلك إلزام الجهة الإدارية المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها فى احتمال نصيب من الخسارة التى لحقت به طوال فترة قيام الظروف الطارئة .

ومؤدى ما تقدم أن مجال هذه النظرية ، هو وقسوع حادث طارئ - على الوصف المتقدم - خلال تنفيذ العقد الإدارى .

ولنا أن نتساءل عن مدى إنطباق هذه النظرية فى ظل الظروف العادية لراى الظروف غير الطارئة لما يستتبع إعمال آثارها وحاصلها إلزام الجهة الإدارية المتعاقدة بالمساهمة فى الخسارة التى لحقت بالمتعاقد معها من جزء هذا الظروف .

وهذا النظر - بما لا شك فيه - ينطوى على مفهوم جديد لنظرية الظروف الطارئة بحيث يستوعب الظروف الطارئة وغير

الطارئة التى تشكل إخلالاً جسيماً بالتوازن المالى للعقد .

فما حدود هذا المفهوم لنظرية الظروف الطارئة ؟ وما هى سلطة القاضى الإدارى من هذا الصدد ؟

وإذا كان كذلك فإن دراستنا تنقسم فى هذا الصدد - على النحو التالى :-

مبحث تمهيدى : نشأة نظرية الظروف الطارئة والتعريف بها .

مبحث أول : المفهوم التقليدى لنظرية الظروف الطارئة .

مبحث ثانى : حدود المفهوم الجديد لنظرية الظروف الطارئة .

ولنتناول الموضوعات المتقدمة على النحو التالى :-
مبحث تمهيدى :

نشأة نظرية الظروف الطارئة والتعريف بها :

تختلف العقود المدنية عن العقود الإدارية فالنظام القانونى الذى يخضع له العقد الإدارى

يختلف اختلافاً أساسياً عن النظام القانوني الذي يخضع له العقد المدني ، مما يضمن على نظرية العقد الإداري طابعاً قائماً بذاته ويجعله مستقلاً عند نظرية العقد المدني عموماً ^(١)

فالأصل في القواعد المدنية التقليدية أن العقد شريعة المتعاقدين ، ولا يعنى أحد المتعاقدين من التزاماته قبل الطرف الآخر إلا القوة القاهرة وهي الحادث غير المتوقع الذي لا يمكن دفعه ، والذي يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلًا هذه القاعدة لم يمكن الأخذ بها على إطلاقها في مجال العقود الإدارية لا سيما عقد الإمتياز فقد فرق مجلس الدولة الفرنسي بين الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعاقد أن يفى بإلتزامه ، وبين القوة القاهرة التي يستحيل فيها الإلتزام ، إطلاقاً مركزاً وسطاً يستطيع فيه الملتزم أن يفى بإلتزامه لأن الوفاء بهذا الإلتزام ممكن في ذاته ، ولكن يناله منه إرهاق مالى شديد ^(٢) ، وذلك على النحو التالي :

عقب نشوب الحرب العالمية الأولى إرتفعت أسعار الفحم إرتفاعاً فاحشاً لدرجة أن وجدت

شركة الإضاءة لمدينة بوردو أن الأسعار التي تتقاضاها أبعد كثيراً من أن تغطي نفقات الإدارة ، ولهذا تقلمت الشركة للسلطة مانحة الإلتزام طالبة رفع تلك الأسعار ، ولكن تلك السلطة رفضت ، وتقسكت بتنفيذ عقد الإلتزام ، بناء على أن العقد شريعة المتعاقدين ؛ وأن تنفيذ إلتزام الشركة لم يصبح مستحيلًا - لأن الفحم ، ولو أن أسعاره قد إرتفعت ، فإنه موجود ، وانتهى المطاف بالشركة والسلطات الإدارية إلى مجلس الدولة ، فإذا به يقرر مبدأً جديداً مستنداً من قاعدة دوام سير المرافق العامة ، مقتضاه أنه إذا وجدت ظروف لم تكن في الحسبان ، وكان من شأنها أن تزيد الأعباء الملقاة على عاتق الملتزم إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالاً جسيماً فللملتزم الحق في أن يطلب من الإدارة - ولو مؤقتاً - المساهمة إلى حد ما في الخسائر التي تلحق به ^(٣) .

ولقد راعى مجلس الدولة الفرنسي ، وهو يقرر تلك النظرية ، أنه لو طبق القواعد

المدنية على إطلاقها ، لترتب على ذلك حتماً توقف الملتزم في نهاية الأمر ، لعجزه عن إدارة المرفق بسبب زيادة التكاليف عن الدخل زيادة باهظة ، ولو تم ذلك لكان المتنفعون هم أول من يضار لتوقف المرفق عن أداء الخدمات التي عولوا عليها في ترتيب أمور حياتهم ، ومن ثم فإن نظرية الظروف الطارئة ذات علاقة مباشرة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة .

أما في مصر ، ففي بادئ الأمر ، يتباين موقف القضاء والفقه في شأن الأخذ بهذه النظرية فالقضاء الوطني والمختلط قد رفض الأخذ بنظرية الظروف الطارئة ، كما صاغها مجلس الدولة الفرنسي حتى وقت قريب ، وقد بذلت محكمة الإبتئناف الوطنية بتاريخ ١٩ أبريل سنة ١٩٣٩ محاولة للأخذ بنظرية الظروف الطارئة ، ولكل محكمة النقض رفضت أن تسامرهم ، ونقضت حكمها السالف بحكم صادر في ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ ^(٤) أما الفقه فقد كان إلى جانب الأخذ بهذه النظرية .

المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي أحاقّت به طوال فترة الظرف الطارئ ، وذلك ضماناً لتنفيذ العقد وإستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه ، ويقتصر دور القاضى الإدارى على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الإتزمات العقدية (٥) .

وتقوم نظرية الظروف الطارئة على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإدارى ، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة فوائدها الجمة الإدارية هي كفاءة حسن سير المرافق العامة باستمرار وإنعظام وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها ، كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المداومة في سبيل المصلحة العامة ، وذلك بأن يؤدي إلتزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح وأجر عادل ، وهذا يقتضى من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يتعرض بتنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات فمفاد نظرية الظروف الطارئة إنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإدارى ظروف أو

بالتسبة إلى العقود المدنية أيضاً غير أن الأساس الذى بنيت عليه نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية وهو قاعدة استمرار سير المرافق العامة في أداء خدمات للجمهور غير متصور في العقود المدنية البحتة ، والتي يقصد من ورائها إلى مصالح خاصة .

مبحث أول

المفهوم التقليدى لنظرية الظروف الطارئة

مناط تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الفقه والقضاء الإدارى وهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإدارى حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو إقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا ، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل إقتصاديات العقد إختلالاً جسيماً ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة

وظل الحال على ذلك حتى صدور القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الذى سلم بتطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنسبة إلى عقد الإلتزام وقد نقل المشرع هذه النظرية إلى مجال عقود القانون الخاص فنصت المادة ١٤٧ من القانون المدنى على أنه :

١- العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون .

٢- ومع ذلك إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة ، لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلاً جاء مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسائر فادحة ، جاز للقاضى تبعاً للظروف ، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل إتفاق يخالف ذلك .

بهذا النص أصبحت نظرية الظروف الطارئة مقررة في مصر بنص تشريعى لا بالنسبة إلى العقود الإدارية فحسب ، ولكن

أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت إقتصادياته وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بها أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول ، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يحتملها أى متعاقد إلى خسارة فادحة إستثنائية وغير عادية فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته فى هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً ، وبذلك يضيف إلى إلتزامات المتعاقد معه إلتزاماً جديداً لم يكن محل إلتفاق بينهما ، ومؤدى ذلك أن يعرض على الدائن إلتزام ينشأ من العقد الإدارى ، هذا الإلتزام هو أن يدفع الدائن للمدين تعويضاً للكلفة بتنفيذ العقد تنفيذاً صحيحاً متى كان من شأن الظروف أو الأحداث غير المتوقعة أن تشكل كامل هذا المدين بخسارة يمكن إعتبارها قلباً لإقتصاديات العقد ، على أن التعويض الذى يدفعه الدائن يكون تعويضاً جزئياً عن

الخسارة المحققة التى لحقت المدين ، ولما كان التعويض الذى يدفع طبقاً لهذه النظرية لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطى إلا جزءاً من الأضرار التى تصيب المتعاقد فإن المدين ليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى إن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه ، كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة متميزة ، ومن ثم يجب لتقدير إنقلاب إقتصاديات العقد وإعتبارها قائمة أن يدخل فى الحساب جميع عناصر العقد التى تؤثر فى إقتصادياته وإعتبار العقد فى ذلك وحدة واحدة ويخصص فى مجموعة لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط بل يكون ذلك مراعاة جميع العناصر التى يتألف منها إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزئاً ومعوّضاً عن العناصر الأخرى التى أدت إلى الخسارة ، ومن ثم فإن إنقلاب إقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ، ولا يمكن من التحقق من وجودها إلا بعد إنجاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد ^(٦) .

ما يعد من قبيل الظروف الطارئة :

بداية أن الظروف الطارئة يجب أن يكون إقتصادياً ، تأسيساً على أن هذه النظرية إنما قصد بها حماية المتعاقد ضد المخاطر الإقتصادية ، ويشترط فى الظروف الطارئة أن يكون غير متوقع أى لا يمكن دفعه وبهذا المعنى إجمه قضاء المحكمة الإدارية العليا إلى أن الإرتفاع الباهظ فى أسعار الزئبق ، إن صح أنه كان متوقعاً بالنسبة للمقد الثانى فإن مدى هذا الإرتفاع لم يكن فى الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة إلى العقد الثانى ٢ جنيه و ٨٨٠ مليماً ثم وقت الشراء على حساب الشركة المدعية ٤ جنيهات و ٥٠ مليماً ، ومن ثم فإن نظرية الحوادث الطارئة تنطبق فى هذه الحالة ^(٧) .

كما سلمت بهذا النظر فى حكم حديث لها ^(٨) إذ إنتهت إلى أن أحكام الشروط العامة للمناقصة تنص فى المادة (٢٠) على أن تقدم العطاءات عن توريد أصناف على أساس

المدى الزمني لتطبيق نظرية الظروف الطارئة .

يجب أن يقع الظرف الطارىء عقب إبرام العقد الإدارى وقبل تنفيذه وهذا يقتضى - غالباً - أن يكون تنفيذ العقد من شأنه أن يمتد فترة من الزمن - تهرى خلالها - الظروف الطارئة ما يؤدى إلى الإخلال بإقتصاديات العقد .

وإنه ولئن كان المدى الزمني لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وقوع الحادث الطارىء عقب إبرام العقد وأثناء تنفيذه إلا أن القضاء جرى على جواز تطبيق هذه النظرية فى حالة وقوع الحادث الطارىء بعد المدة المحددة فى العقد للتنفيذ ، شريطة أن يكون الحادث قد وقع أثناء المهلة التى وافقت الإدارة على منحها للمتعاقد بعد إنتهاء هذه المدة (١٠) .

ولم يوفق ذلك فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسى جرى على التعويض عن الظروف التى تطرأ قبل إبرام العقد أساس ذلك أن إبرام العقود يمر غالباً بمراحل متعددة ، فإنه يتعين أن يوضع فى الحسبان الظرف الذى يطرأ عقب إبرام العقد ، وقبل

كان عن الأثمان التى قبلها .
ومؤدى ذلك أن الحكم يختلف باختلاف السبب الطارىء المؤثر على قيمة العطاء فإذا كان هذا السبب راجعاً إلى تقلب السوق وسعر العملة إلترزم المفاوض بما ترتب على ذلك من آثار سواء بالزيادة أو النقصان أما إذا كان السبب راجعاً إلى تعديل الضرائب والرسوم الجمركية إلترزمت الوزارة بما يترتب عليه من آثار على النحو المبين فى المادة ٢٠ .
المشار إليها يستوى فى ذلك أن يكون السبب المؤثر على قيمة العطاء بعد تقديمه قد طرأ قبل أو بعد إتمام إجراءات التعاقد .

ومفاد ما تقدم جميعه ، أن أثر الظرف الطارىء فى التوازن المالى للعقد ، فإذا كان هذا الظرف قد جعل تنفيذ إلترزام المتعاقد مع الإدارة أمراً مرهقاً فعلى الإدارة أن تشاركه فى تلك الخسارة بالقدر الذى يحد منها ويردها إلى الحد المعقول ، أو بمعنى آخر إن مساهمة الإدارة يكون بالقدر الذى يخفف من قدر الخسارة التى لحقت بالتعاقد (١١) .

التعريف الجمركية ورسوم الإنتاج وغيرها من أنواع الرسوم والضرائب المعمول بها وقت تقديم العطاء ، فإذا حصل تغيير فى التعريف الجمركية أو الرسوم الأخرى أو الضرائب فى المدة الواقعة بين تقديم العطاء وأخر موعد للتوريد ، وكان التوريد قد تم فى غضون المدة المحددة فيسوى الفرق تبعاً لذلك بشرط أن يثبت المفاوض إنه سدد الرسوم والضرائب عن الأصناف على أساس الفئات المعدلة بالزيادة أما فى حالة ما إذا كان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد إلا إذا أثبت المفاوض إنه سدد الرسوم على أساس الفئات الأصلية قبل التعديل فى حين تنص (المادة ٦١ من الشروط العامة على إنه) يعمل الحساب المتنامى بالتطبيق للفئات الواردة بالجداول بصرف النظر عن تقلبات الأسعار وسعر الجملة كما تنص المادة ٦٢ على أن يحصل المفاوض كل زيادة تحصل من أثمان المهتمات أو الشحن أو النقل البحرى والتأمين بكافة أنواعه أو السيد العاملة أو خلافهما له الرجوع لأى سبب

انتظار طويل حتى بلغت الأسعار أقصاها في الإرتفاع^(١٢).

الظروف الطارئة لا تسوغ الإمتناع عن التنفيذ:

من المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياطات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، ولما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام لا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق ، بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله ، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ ما دام ذلك في استطاعته ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزامها إن كان لذلك مقتضى ، وكان له فيه وجه حق فلا يسوغ له الإمتناع عن تنفيذ العقد بإرداته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السليبي^(١٣).

يعتبر الشرط متحققاً إذا حاق بالمتعاقد ضرر فعلى إذا كان هذا الضرر معقولاً .

وأن مقتضى نظرية الحوادث الطارئة إلزام جهة الإدارة بمشاركة الشركة المتعاقدة في هذه الخسارة ضماناً لتنفيذ العقد الإداري تنفيذاً سليماً ، ويستوى أن يحصل التنفيذ من الشركة نفسها أو تقوم به جهة الإدارة نيابة عنها عند الشراء على حسابها ، كمال أن تطبيق هذه النظرية لا يعفى الشركة من غرامة التأخير والمصاريف الإدارية ، وأنه يجب أن يؤخذ في الإعتبار عند توزيع الخسارة بين الشركة والوزارة الظروف التي أبرم بها العقد من إرتفاع مفاجيء في أسعار الزئبق بسبب تهافت الدول الكبرى على شرائه وإستمرار هذا الإرتفاع طوال مدة التنفيذ ، وما بذلته الشركة من محاولات للحصول على الزئبق بثمن محتمل وطلباتها المتعددة لإعفائها من التوريد وقيام الحكومة نيابة عنها بالشراء على حسابها بعد

توقيع العقد ، والمتعاقد مع الإدارة يلتزم بمجرد تقديمه ، بحيث لا يحق أن يرجع فيه في حين أن الرابطة التعاقدية - بمعناها الفني - لا تتم إلا بعد وقت طويل من تاريخ التقدم إلى المناقصة ، ومن ثم فإذا وقعت الظروف الطارئة في خلال تلك الفترة ، فإن مجلس الدولة الفرنسي يعرض عنها فإذا وقع الظرف الطارئ ولم تثبت الإدارة في العطاء خلال المدة المحددة ، فإن من حق المنافسين أن يسحبوا عطاءاتهم فإذا لم يفعل المتنافس ، فإنه يعتبر عالماً بالظرف الطارئ وقت تعاقده ، ومن ثم فلا حق له في التعويض^(١٤).

مقتضى تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

لكي يعرض مجلس الدولة الفرنسي عن الظرف الطارئ يتعين أن يكون من شأن هذا الظرف أن يؤدي إلى إلحاق خسائر بالمتعاقد من شأنها أن تؤدي إلى قلب إقتصاديات العقد رأساً على عقب فلا يكفي في هذا الصدد أن يفقد المتعاقد أرباحه كلها أو بعضها بل ولا

أثر تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

يتمثل أثر الظروف الطارئة في معارضة الإدارة للمتعاقد معها في الخسارة التي لحقت به من جراء هذا الظروف .

أو بمعنى أوضح ، أن توافر شروط تطبيق هذه النظرية - على النحو السابق - إلزام جهة الإدارة المتعاقدة مشاركة المتعاقد المتعاقد معها تحمل نصيبه من الخسارة التي حاققت به طوال فترة قيام الظروف الطارئة (١٤) .

ويدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في إقتصادياته ، وإعتبار العقد وحدة بحيث يفحص في مجموعه لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط ، بل يكون ذلك مراعاة جميع العناصر التي يتألف منها ، إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزئاً ومعرضاً عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة ، ومن ثم فإن إنقلاب إقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها إلا بعد إنجياز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد .

ولكن يحدث في العمل أن يمارس المتعاقد مع الإدارة عدة أنواع من النشاط ، يقوم بينها إتصال يختلف ضعفاً وقوة بحسب الأحوال فكيف يقدر الإرهاق في هذه الحالات ؟ تقوم الحلول التي يقدمها مجلس الدولة الفرنسي على الأسس التالية (١٥) .

(أ) يجب أن يوضع في الإعتبار - عند تقدير الإرهاق المشكو منه - جميع أوجه النشاط التي يمارسها المتعاقد ، والتي يقوم بينها إتصال وثيق ، بحيث يمكن إعتبارها فرعاً من الإلتزام الأصلي في العقد فإذا كان العقد عقد إمتياز مثلاً ، وكانت الشركة الملتزمة تساهم في شركة إلتزام أخرى ماثلة ، فيجب أن يحسب في تقدير الإرهاق ما تحصل عليه الشركة الملتزمة من أرباح الشركة الأخرى ، كما يتعين أن يدخل في أرباح الشركة أيضاً حصيلة ما تبيعه من منتجات ثانوية تتصل بموضوع الإستغلال الأصلي .

وفي هذه الحالات ، يجب أن ينظر إلى جميع أوجه النشاط

الفرعية ككل لا يتجزأ من النشاط الأصلي موضوع العقد أو إذا كان المتعاقد يمارس أوجه مختلفة من النشاط بمقتضى عقد واحد ، كتنفيذ أشغال عامة ، أو إدارة مرافق عامة عن طريق الإلتزام أو مع توريد بضائع للإدارة ، فيجب عند تقدير الإرهاق الذي يتعرض له المتعاقد ، أن يوضع في الإعتبار نتيجة جميع الأعمال المنصوص عليها في العقد .

(جـ) ولكن لا يدخل في حساب الإرهاق المتصل بعقد يعفيه ، نتيجة النشاط الذي لا يعتبر فرعاً من الإلتزام الأصلي المنصوص عليه في العقد ، كبيع مواد لا علاقة لها بموضوع العقد ، وأوضح من الحالة السابقة أن يمارس المتعاقد نشاطاً واحداً ولكن بمقتضى عقدين مختلفين لإختلاف جهة الإدارة المتعاقدة في كل من العقدين ، فيحتسب يقدر الإرهاق بالنسبة إلى كل عقد على حدة .

مبحث ثالث

حدود المفهوم الجديد لنظرية الظروف الطارئة

ألقينا الضوء - فيما سبق - على نظرية الظروف الطارئة:

وفقاً لعناصرها التي غدت من مستلزمات تطبيقها .

فى الواقع أن هذه النظرية ، ولئن كانت تجد مجالاً فى التطبيق ، حيث تطرأ ظروف ليس فى الحساب توقعها ولا يملك المتعاقد مع الإدارة لها دفعاً ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معه إقتصاديات العقد إختلالاً جسيماً ، الأمر الذى يستتبع بالضرورة إلزام جهة الإدارة المتعاقدة مشاركة المتعاقد معها فى تحمل نصيبه من الخسارة التى حاقت به طوال فترة قيام الظروف الطارىء . إلا إنه فى الحقيقة أن لهذه النظرية مجالاً فى التطبيق - مع إنتفاء أحد شروط تطبيقها - شرط عدم توقع حدوث الظروف الطارىء - بالنص على تحريك الأسعار لمواجهة الخسارة المتوقعة ، أو أن تكون الجهة المتعاقدة معها محكرة للسلة ، الذى لا مناص معه من قبول كل زيادة فى السعر عن المتفق عليه فى العقد وأساس هذا النظر أن الفقه والقضاء الإدارى قد خلق نظرية الظروف الطارئة .

ونظرية التوازن المالى للعقد وغيرها من النظريات والقواعد التى تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التى يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التى ينتفع بها على إعتبار العقد الإدارى يكون فى مجمره كلا من مقتضاء وجوب التزام بين مصالح الطرفين المتعاقدين ، وتعادل كفى الميزان بينهما وذلك بتعويض المتعاقد فى أحوال وبشروط معينة حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة مع إختلاف مقدار التعويض ، فتارة يكون التعويض كاملاً ، وتارة أخرى يكون جزئياً ، وأياً كانت الأسانيد التى قامت عليها هذه النظريات والقواعد أو إختلاف الرأى فى مبرراتها فإنه مما لا شبهة فيه أنها ترد فى الحقيقة إلى أصل واحد وهو العدالة المجردة التى هى قوام القانون الإدارى ، كما أن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناء على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين الإدارة وبين من يتعاقد معها من الشركات والأفراد فى شأن من شئون المرافق العامة ، وأن

القواعد والأصول والنظريات التى وضعها الفقه والقضاء الإدارى فى هذا الشأن إنما كانت وليدة البحث والتقصى وثمرة مجارب حقيقة طويلة من الزمن لكثير من مختلف أنواع المنازعات التى قامت بين جهات الإدارة - والمتعاقدين معها ، وإن الإطار العام الذى دار فيه البحث رسمته ضوابط واعتبارات شتى وحقائق غير منكورة حاصلها إنه يجب مفهوماً إن حق جهة الردارة فى الحصول على المهفات - والأدوات أو أداء الخدمات وإحياز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار وأقل التكاليف يقابله من جانب المتعاقد معها أن يهدف إلى تحقيق ربح مجز له عن رأس ماله المستغل كله أو بعضه أو بما وضعه لنفسه من نظام الإستهلاكات الحاسبية ، ولكن هذا الوضع لا يعنى أن يبق كلاً منا إزاء الآخر موقف المثرى والتجسس وانتهاز الفرص أو موقف الطرف المتخاصم فى نزاع أن ظل كامناً فهو خليف بأن يتحول فى أية لحظة إلى دعوى تطرح أمام

القضاء ، بل أن الحق الخالص في شأن العلاقة بين جهة الإدارة والمتعاقد معها أن تنتظر إليها جهة الإدارة من زاوية تراعى فيها كثير من الإعتبارات الخاصة التي تسمو على مجرد الحرص على تحقيق الوفر المالي للدولة ، وأن الهدف الأساسي هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وإنظام وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها ، وأن ينظر إليها المتعاقد مع الإدارة على أنها مساهمة إختيارية منه ومعاونة في سبيل المصلحة العامة فيجب أن تؤدي بأمانه وكفاية ، وهذا وذلك يقتضى من الطرفين قيام نوع من الثقة المتبادلة بينهما وحسن النية والتعاقد والتساند والمشاركة في وجهات النظر المختلفة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات وبهذا تطمئن جهة الإدارة إلى حسن التنفيذ وإنجازها في مواعيده المحددة ، ويطمئن المتعاقد معها إلى إنه سينال لقاء إخلاصه وأمانته وحسن قيامه بالعمل - جزاء الأوفى وأجره العليل - ولذلك

ينبغي ألا يعتبر المتعاقد صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولة لمجرد أنه ينبغي من تعاقد تحقيق ربح حلال ، إذ أن هذا حقه الذي لا يتنازع فيه ، وهو لا ينقلب إلى صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولة إلا منذ اللحظة التي ينحرف فيها عن الإجدادة ويتكسب سبيل الأمانة أو يحاول الحصول على ربح حرام غير مشروع - أي كانت وسائله في ذلك - أو يسرف في طلب الربح ويشطب فيه على حساب الخزائنة العامة - وفي هذه الحالة يكون من حق الإدارة أن تفسد عليه سعيه فتحرمه ثمره غشه وتحبس عنه الربح الحرام أو تنزل بإزواجه إلى الحسد المعقول ، لأن الأرباح الفاحشة إنما تؤخذ من أموال الدولة ومن مجموع الأفراد وعلى حساب المصلحة العامة ، مع أن الأعمال التي تؤدي تكون لمصلحة المجموع لا لمصلحة من يقيمونها لحساب المجموع - ويقابل ذلك أن المتعاقد مع الإدارة - مع حسن وزنه للأمور وسلامة تقديره ، وإتخاذة الحيلة الواجبة قد تصادفه عند التنفيذ

ظروف إستثنائية وأمور لم تكن في الحسبان وصعوبات غير متوقعة لم يكن يتوقعها أو يتعرض لمخاطر إدارية أو إقتصادية ، وينشأ عن ذلك زيادة أعبائه المالية زيادة يختل معها التوازن المالي للعقد ، ويصاب بخسارة محققة ، فيكون من حقه على جهة الإدارة ألا يتحمل وحده الغرم وأن تساهم جهة الإدارة بقدر معين ففوضه تعويضاً عادلاً عما يصيبه من إضرار ولو لم يكن هناك خطأ من جانب الجهة الإدارية التي تعاقد معها ، تأسيساً على أنه ليس من العدل والإنصاف وحسن النية في المعاملات أن يترك مثل هذا المتعاقد فريسة لظروف سيئة لا دخل له فيها وبدون أي تعويض إستناداً إلى نصوص العقد الحرفية . وللمجرد الحرص على تحقيق الوفر المالي والرغبة الملحة في الحصول على المهمات والأدوات أو إنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار ، لأن معنى ذلك إستيحاء الإضرار به وهو أمر إلى جانب مجافاته للعدالة لا يتفق والمصلحة العامة إذ ينتهي الأمر إلى إحدي

لا تحققها في قليل أو كثير (١٦)

كما إن المحكمة الإدارية العليا قد إنتهت إلى أن الإرتفاع الباحظ في أسعار الزيت وإن صح كان متوقعا بالنسبة للعقد الثاني - فإن مدى هذا الإرتفاع لم يكن في الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة للعقد الثاني ٣ جنيه و ٨٨٠ مليما ثم وقت الشراء على حساب الشركة المدييه ٤ جنيهات و ٥٠ مليما وإنتهت إلى تطبيق نظرية الحوادث الطارئة في هذا الشأن .

كما أن قسم الرأي مجتمعاً قد إنتهى في الفتوى الصادرة في ١٧/٧/١٩٥٤ إلى أن قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنيه المصري بالنسبة إلى الدولار يعتبر حادثاً إستثنائياً عاماً في حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني إذ لم يكن في وسع المتعاقدين توقعه حين إبرام العقد ، ومع التسليم المبدئي بأنه كان مفروضاً على المتعهد أن يتوقع إتجاه الحكومة إلى خفض قيمة الجنيه المصري ، فإن مدى هذا

الأسباب المؤدية إليها لإتها لا تتفق والمصلحة العامة كما سبق القول يضاف إلي ما تقدم أن لجهة الإدارة ميزة الخروج على مبدأ المساواة بين طرفي العقد بثبوت حقها في تعديل العقد من جانبها وحدها وفي الحدود التي تقتضيها المصلحة العامة ، وهي إذ تمارس سلطة التعديل لحق مشروع مقرر لها يمكن أن تزيد من الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها ولذلك فإنه تحقيقاً للعدالة يكون من حق التعاقد مع جهة الإدارة أن يعرض تعويضاً عادلاً عن الأضرار التي تلحق بمركزه التعاقدى أو تقلب ظروف العقد المالية على أثر ممارسة الإدارة لسلطة التعديل ذلك لأن إشار ضرورات المرافق العامة على المصالح الخاصة مع الإدارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح ، بحيث يتحمل المتعاقد مع الإدارة وحده عبء جميع هذه الأضرار ولضرورة قيام المتعاقدين بين مصالح الطرفين المتعاقدين وتعادل كفتي الميزان بينهما ، وإلا إنتهى الأمر إلى النتائج السابق بيانها ، وهي لا تتفق مع المصلحة العامة ، بل هي

تسيجيتين : إما إلى خروج المقاولين أو متعهدي لتوريد إلامناء الأكفاء من سوق التعامل مع الدولة أو إنصرافهم عن الإشتراك في المناقصات مستقبلاً ، فيتلفف الزمام إلى غير الأكفاء وغير الأمناء وتقع المنازعات والإشكالات التي تنتهي إلى تعطيل المرافق العامة وبخاصة بالنسبة للأعمال الإقتصادية والإقتصادية والعمرانية الضخمة ذات الأهمية الخاصة بما تتطلبه من كمال فنى ودراسات وأبحاث وتجارب لا تتوافر إلا في طائفة معينة من الشركات الكبرى ، بما لها من إمكانيات فنية ومالية وإدارية ، وما تملكه من آلات وأدوات خاصة وأما أن يعتمد هؤلاء إلى تأمين أنفسهم بأن يحتسبوا من ضمن أسعار عطاءاتهم مبلغاً للإحتياط ضد تلك المضار والأخطار المحتملة وتكون النتيجة زيادة عامة في الأسعار التي تتم بطريق المناقصة ، وبما يفوت على جهة الإدارة غرضها في الحصول على أصلح الأيدي العاملة بأفضل الأسعار وأنسبها ، وهذه كلها نتائج يجب تفادي

العقد إخلالاً جسيماً فحسب بل تجمع هذه النظرية لتشمل الظروف والحوادث المتوقعة إذا ما تم النص على ذلك في العقد كما هو الحال في شأن ما إذا كان المتعاقد مع جهة محتكرة لبعض الأصناف والسلع ، إذ أن هذه الجهة الأخيرة قللت تحريك السعر إذا دعت الظروف لذلك ويتعين على المتعاقد معها على النزول على رغبة تلك الجهة .

ولنا كلمة أخيرة في هذا الصدد ، وهي تتعلق بسلطة القاضي الإداري في شأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

الأصل أن القاضي إذا ما تحقق من توافر شروط تطبيق الظروف الطارئة ، وأن من شأنها إن تجعل تنفيذ إلتزام المتعاقد مع الإدارة مرهقاً يتهدد المتعاقد بخسائر فادحة دون أن يكون هذا التنفيذ مستحيلاً ، ألزم الإدارة بتحصيل نصيب من الخسائر دون تعديل للإلتزامات العقدية التي يرتبها العقد الإداري .

كما أن القاضي في مجال تقدير التعويض - إذا تحقق من أن المتعاقد مع الإدارة لم يقيم

المساهمة في الخسارة التي لحقت بالظروف المتعاقد مع الإدارة بما يضمن في نهاية الأمر تنفيذ العقد الإداري تنقيلاً سليماً ، ومن ناحية أخرى ليس من العدالة في شيء أن يتحمل المتعاقد مع الإدارة عبء جميع الأضرار وحده .

وهذا النظر ينطبق في الحدود والمدى والأثر - في حالة ما إذا كانت الجهة المتعاقد معها من الجهات المحتكرة للسلعة محل التعاقد ، ففي هذه الحالة ، فإن الجهة الأخيرة ، تتمتع بمزايا لا قبل لأحد بها ، وإذا ما قامت بتعديل الأسعار بالزيادة فإنه لا مناص من المتعاقد مع تلك الجهة من النزول على رغبة تلك الجهة ، والمشاركة في الخسارة التي لحقت بها .

ومؤدى هذا النظر - في مجموعه - أن نظرية الظروف الطارئة لا تقف عند حد الظروف الطارئة بالمعنى التقليدي بأن تطرأ حوادث لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ، ولا يملك لها دفعا ، وأن يترتب عليها أن تنزل بالمعاقد خسائر فادحة تختل معها إقتصاديات

التخفيض لم يكن من المستطاع التحكك به ، ومن ثم فإنه يحتمل أن تكون نتائج هذا الإجراء ومؤدى تأثيره في التوازن المالي للعقد قد جاوزت ما كان ما مفروضاً أن يتوقعه المتعهد حين العقد (١٨) .

وفي الحالتين أن كانت خسارة المتعهد من هذا الإجراء قد جعلت تنفيذ إلتزامه أمراً مرهقاً مهدداً له بخسارة فادحة كان على الطرف الآخر أن يشاركه في تلك الخسارة بالقدر الذي يحد منها ويردها إلى القدر المعقول بمعنى أن الخسارة المتوقعة يتحملها المتعهد أما الخسارة غير المتوقعة فيشاركه فيها الطرف الآخر بالقدر الذي يخفف من فداحتها .

وإذا الأمر كذلك في الحالة السابقة ، فإنه - بنفس القدر - في هذه الحالة ما إذا توقع أحد المتعاقدين حدوث ظروف أو مخاطر يضطرب معها التوازن المالي للعقد ، وينص في العقد - على تحريك الأسعار لمواجهة مثل هذه الظروف وتلك المخاطر المتوقعة ، ومؤدى ذلك إعمال هذا النص ، ويقتصر أثره في

أن المتعاقد مع الإدارة لم يتم بتنفيذ التزاماته التعاقدية كاملة دور أن أعفته الجهة الإدارية من بعض التزاماته المتعاقد عليها ، فإنه والحال كذلك لا محل للتعويض ، إذ أن إعفاء المتعاقد من بعض التزاماته خير مشاركة من جانب الإدارة للمتعاقد في تحمل بعض أعباء العقد خلال فترة النظر الطارئ ، كما أنه لا محل لتطبيق النظرية عند توافق شروطها للحكم بتعويض يحقق ربحاً للمتعاقد ، أساس ذلك أن مجال إعمال النظرية تحمل جزء من الخسائر وليس تحقيق ربح للمتعاقد^(١٩) .

هوامش مفهوم جديد للنظرية

هوامش

(١) ثورية لميوني ، معيار العقد الإداري من دراسة مقارنة - رسالة ، جامعة عين شمس ١٩٨٧ ، ص ٢٨ وما تلاها .

هوامش

(٢) سليمان الطماوي ، الأسس العامة للمعقود الإدارية ، دراسة مقارنة الطبعة الرابعة ١٩٨٤ ، ص ٦٠٩ وما تلاها .

هوامش

(٣) C.E : 30 Mars 1916, Compagnie generale d'Eclairage de

Bardeaux, Rec, p125 Cone chardent. D1916 3.25 S.1916

3.17' note Haurion .

هوامش

(٤) مجسوة المبادئ القانونية لمحكمة النقض ج ١ ص ٥٢ .

هوامش

(٥) الإدارة العليا طعن رقم ١٥٦٢ / ١٠٠ ق ١١ / ٦٧ ق ، جلسة ١٩٦٨/٥/١١ منشور بالموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء الثاني عشر ، ص ٨٩٣ ، وطعن رقم ٨٤٣ ، ١٩٧٢ / ٢٦ ق ، جلسة ١٩٨٧/١١/٢٠ .

هوامش

(٦) الإدارة العليا طعن رقم ١٤ / ٤٦ ق ، جلسة ١٩٧٢/٦/١٧ .

هوامش

(٧) طعن رقم ٧/١٢١٥٠ ق ، جلسة ١٩٦٢/٦/٩ .

هوامش

(٨) طعن رقم ١٠ / ١١٨٩ ق ، جلسة ١٩٦٧/١١/٢٥ .

(٩) في هذا المعنى ، فتوى رقم ٣٦٠ في ١٩٥٤/٧/١٧ ، منشور بالموسوعة الإدارية الحديثة المشار إليها ، ص ٨٩٦ .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١٠) في هذا المعنى طعن رقم ٢١٥٠ / ٦ ق ، جلسة ١٩٦٢/٦/٩ ، منشور بالموسوعة الإدارية الحديثة المشار إليها ، ص ٨٩٩ .

(١١) C.E 15 Janu 1932, Ste les limousins, Rec, P64 .

(١٢) طعن رقم ٦١٥٠/٦ ق جلسة ١٩٦٢/٦/٩ سبقت الإشارة إليه .

(١٣) طعن رقم ١١/٧٦٧ ق ، جلسة ١٩٦٩/١٧/٥ وفي هذا المعنى فتوى الجمعية العمومية ملف ٧٠٢/٢/٣٢ ، جلسة ١٩٨٠/٢/٦ منشورة بالموسوعة الإدارية الحديثة المشار إليها ، ص ٦٠ وما تلاها .

(١٤) في هذا المعنى ، الإدارية العليا ، طعن ١٧/١٢٢٣ ق ، جلسة ١٩٨٤/١٢/١٨ .

(١٥) يراجع في تفاصيل ذلك د. سليمان الطماوي ، المرجع السابق ص ٦٢٥ وما تلاها .

(١٦) في هذا الشأن حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٩٩ ق جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ .

(١٧) في هذا المعنى ، الإدارية العليا ، طعن ١٧/١٢٢٣ ق ، جلسة ١٩٨٤/١٢/١٨ .

بكل الحزن والأسى . ويكل الإيمان بقضاء الله وقدره ينعي مجلس النخبة زملاء
اعزاء انتقلوا إلى رحمة الله تعالى .. افتقدتهم المحابة وكانوا لها سندا . ويتضرع
المجلس إلى العلي القدير أن يتقدمهم برحمته وأن يسكنهم فسيح جناته .. وأن
يلهم أسرهم وزوجهم وزملاءهم الصبر والسلوان ...

المحامي	الاستاذ / مصطفى الدين سالم
المحامي	الاستاذ / كامل عوض اسكارس
المحامي	الاستاذ / البير فهمي المنشاوي
المحامي	الاستاذ / محمود المزي شحاته
المحامي	الاستاذ / وسفي عزيز ميخائيل
المحامي	الاستاذ / مهني مشسوقي
المحامي	الاستاذ / عبد الباسط محمد بدوي
المحامي	الاستاذ / حسين الصراف برعي
المحامي	الاستاذ / سعيد أبو الفيط
المحامي	الاستاذ / حسني عبد العزيز العاطون
المحامي	الاستاذ / المعز لدين الله أحمد علي تاصف
المحامي	الاستاذ / أحمد حلمي سالم
المحامي	الاستاذ / نيتو كريس فهمي
المحامي	الاستاذ / بطرس طلعت
المحامي	الاستاذ / هشام فتحى صلي
المحامي	الاستاذ / محمود الحكيم
المحامي	الاستاذ / جلال أحمد موسى
المحامي	الاستاذ / نسيم جوزجي
المحامي	الاستاذ / زكريا عبد الرحمن حلمي

تنويه

لما كان الطعن الذي قدم ضد قرارات الجمعية العمومية المتخذة في ١٩٨٨/١١/٢٥ بشأن زيادة المعاشات قد أنقضى أمره بإبرام القرارات الصادرة من الجمعية لذلك وتنفيذاً لهذه القرارات .
قرر مجلس النقابة بجلسته المتخذة بتاريخ ١٩٩١/١٢/٥ تنفيذ قرارات الجمعية العمومية إعتباراً من ١٩٩٢/١/١ .

أولاً : الإشتراكات

قرش	جنيه	
٧٠	٨	الجدول العام
٧٠	٢٢	إبتدائي أقل من ٣ سنوات
٧٠	٢٦	إبتدائي لأكثر من ٣ سنوات
٧٠	٧٧	إستئناف عالى ومجلس الدولة
٧٠	١٥٢	نقض

ثانياً : الرسوم وشفة المحاماة المطلوبة للقيد بجدول المحامين حسب السن
والدرجة لأول مرة وتسدد من الطالب شخصياً

للقيد بالجدول العام			للقيد بالجدول مع الإبتدائي			للقيد بالجدول مع الإستئناف			فئة السن
الرسم والإشتراك	دفعة المحاماة	الإجمالي	الرسم والإشتراك	دفعة المحاماة	الإجمالي	الرسم والإشتراك	دفعة المحاماة	الإجمالي	
١١٥ جنيه	٥٥ جنيه	١٧٠ جنيه	٢١٩ جنيه	١٠٠ جنيه	٣١٩ جنيه	١٥١ جنيه	١٥٠ جنيه	٣٠١ جنيه	السن أقل من ٢٠ سنة
٥١٥ جنيه	٥٥ جنيه	٥٧٠ جنيه	٦١٩ جنيه	١٠٠ جنيه	٧١٩ جنيه	٨٥١ جنيه	١٥٠ جنيه	١٠٠١ جنيه	من ٢٠ لأقل من ٢٥ سنة
١٠١٥ جنيه	٥٥ جنيه	١٠٧٠ جنيه	١١١٩ جنيه	١٠٠ جنيه	١٢١٩ جنيه	١٣٥١ جنيه	١٥٠ جنيه	١٥٠١ جنيه	من ٢٥ لأقل من ٤٠ سنة
٢٠١٥ جنيه	٥٥ جنيه	٢٠٧٠ جنيه	٢١١٩ جنيه	١٠٠ جنيه	٢٢١٩ جنيه	٢٣٥١ جنيه	١٥٠ جنيه	٢٥٠١ جنيه	من ٤٠ لأقل من ٥٠ سنة
لا يجوز قيود بالجدول العام فقط طبقاً لقانون المحاماة			٣١١٩ جنيه	١٠٠ جنيه	٣٢١٩ جنيه	٣٨٥١ جنيه	١٥٠ جنيه	٤٠٠١ جنيه	من ٥٠ لأقل من ٦٠ سنة
			٥١١٩ جنيه	١٠٠ جنيه	٥٢١٩ جنيه	٥٣٥١ جنيه	١٥٠ جنيه	٥٥٠١ جنيه	من ٦٠ سنة فما فوق

الرسوم المطلوبة لرفع القيد من درجة إلى أخرى
وتسدد من الطالب شخصياً

الدرجة المطلوبة	الرسم والإشتراك	دفعة المحاماة	الإجمالي
من جزئى إلى إبتدائي	١٢٦ جنيه	٢٥ جنيه	١٧١ جنيه
من إبتدائي إلى إستئناف	٢٢٠ جنيه	٣٥ جنيه	٢٦٥ جنيه
من إستئناف إلى نقض	٤٠٥ جنيه	١٠٥ جنيه	٥١٠ جنيه

ثالثا : التبعات

جنيه	
٢	المحاكم الجزئية
٤	المحاكم الابتدائية وما يعادلها
٦	محاكم الاستئناف وما يعادلها
٢٠	محكمة النقض وما يعادلها

والله الموفق ،

أمين صندوق النقابة

محمود عبد الحميد سليمان

عضو مجلس نقابة المحامين

نقيب المحامين

احمد الخواجه

فهرس العدد

الموضوع :

تقديم :

الصفحة

١ السيد الأستاذ عصمت الهوارى المحامى - سكرتير التحرير

أولاً : من قضاء المحاكم :

٤ قضاء النقض المبنى

ثانياً : الأبحاث :

حق النقد ومكانه فى التشريع الجنائى المصرى :

٢٢ السيد الأستاذ / أحمد جمعه شحاته المحامى بالنقض

التقاضى أمام الجمعية العمومية لقسمى القوى والتشريع :

٤١ السيد الأستاذ الدكتور / حسنى درويش عبد الحميد المستشار المساعد بمجلس الدولة

احكام المخدرات فى الشريعة الإسلامية :

٧٤ السيد الدكتور المستشار / عبد الفتاح مراد رئيس محكمة الاسكندرية

ضوابط وحدود التحريات الشرطية أمام القضاء :

٩٧ السيد الدكتور / قدرى عبد الفتاح الشهاى المحامى بالنقض

الإثبات الجنائى ومدى حرية القاضى فى تكوين عقيدته :

١٢٠ السيد الأستاذ / محمد ناجى عبد الحكيم المحامى

نحو مفهوم جديد لنظرية الظروف الطارئة :

١٦٨ السيد الأستاذ / محمد رضا أبو قمر المحامى بالإستئناف العالى

مقالات في كلمات

من عرف الدنيا زهد فيها ، ومن عرف الآخرة رغب فيها ، ومن عرف الله أثر رضاه .

(أحمد بن أبي الخوارزمي)

اللهم لا تكثر لى من الدنيا فأطغى ، ولا تقلل لى منها فأنسى ، فإنه ما قل وكفى خير مما كثر وألهى .

(أبى الملامن عمر بن الخطاب)

يجب أن توقف السلطة المطلقة ، لأن السلطة المطلقة هي المنسدة المطلقة .

(أوسكيو)

إن عدم وجود معارضة حقيقية منظمة ، لا يتلاءم مع وجود حريات عامة .

(العميد كويك)

إن للسلطة نشوة تلعب بالرؤوس كنشوة الخمر .

(العالم الاجتماعي
الدكتور جوستاف لوبون)

إن الخير يأتي للشعب - قبل كل شيء - بفضل توفر عاملين أو دعامتين ، وجود نظام طيب من أنظمة الحكم ، ووجود شخصيات طيبة على رأس إدارة الحكم .

(أحمد بن أبي الخوارزمي)

إن القانون في الحكم الدكتاتوري لا يعبر عن إرادة أغلبية النواب ، إنما يعبر عن إرادة الحاكم الدكتاتور .

(الاستاذ جاستون جيسر)

قالوا عن المحاماة

المحاماة في أسمى مظاهرها
تدافع عن الحق باعتباره فكرة - لا مهنة
وتذود عن المظلومين أفراداً وجماعات .

المغفور له الأستاذ الكبير
مكرم عبيد
الطيب السابق

دار وهجاء للطباعة

ت: ٩٠٥٠٣٦ - ٩٢٣٣٤٤



Bibliotheca Alexandrina



0531392